

QUESTIONES

JURIS CIVILIS

CENTURIA

IN

DECEM CLASSES

DISTRIBUITA

Non inveniuntur in
un. Codicibus, sed in
diversis Editionibus
et Commentariis

OPERA

RICHARDI ZOUERII

*Juris Civilis Præceptorum
et Quæstionum*

Editio Tertia

LONDINI

Excudebat *Milo Hapler*, pro *Galileo*
Robinson Bibliopola Quoniam, 1882.



88:01

JURIS-PRUDENTIÆ

STUDIOSIS

PRÆSERTIM.

B. WICCHAMI,

Præfulis Munificentissimi

ALUMNIS.

IN EJUS COLLEGIIS

WINTONIÆ ATQUE OX-
ONIÆ, CELEBERRIMIS, A
PUÉRITIA, ULTRA ADO-
LESCENTIAM, HUMANIO-
RIBUS LITERIS, ET JU-
RIS STUDIO INSTITUTUS.

HÆC SENECTUTIS

MOLIMINA GRATÆ

EJUS MEMORIÆ.

ERGO,

DICAT, COMMENDATQUE

R. Z. J. C. P. P.

JURIS PRUDENTIA

STUDIOSIS

PRESEPTIM

B. WICHAM

ALUMNI

ALUMNI

INSTITUTIONIS

WINTONIAE A. 1700

ONCE CELEBRATA

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

INSTITUTIONE

AD LECTOREM

ANNUS jam sextus agitur, ex quo Quaestionum Juris Civilis Specimen, cum designatione Authorum, à quibus discutiuntur, in lucem edidi. Ex iis postea Quaestiones magis generales, & quasi Elementarias, quæ ad jus universale pertinent, & quarum nonnullæ ad Casus Conscientiæ conducunt, pro prælectionibus publicis explicandas proposui, & legibus in utramque partem allatis, & expensis, earundem Determinationes adhibui: Ex his composita est hæc Centuria, secundum præcipuas Juris materias, in Decades distincta, Loca unde leges desumuntur, non per Titulos, & verba earum initialia, prout moris est, sed ut studiosi, ipsum

AD LECTOREM.

sum Juris Contextum consulendi occasionem habeant, per literas, & figuras, visum est ostendere, è quibus literæ. D. Digesta, C. Codicem, I. Institutiones, N. Novellas, F. Feudorum libros, designant. Figura prima librum, secunda Titulum, tertia legem, & character S. paragraphum denotant; de quibus etiam admonendum, quod cum ad leges similes, vel contrarias fit relatio, aliquando Notæ, quæ legem immediate sequi debuerunt, per incuriam, aliis postponuntur.

Dat. ex Aula Alban.

3. Calend. Augusti 1659.

QUÆST.

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS.

CLASSIS,

1. **D**E Jure, Legibus, Consuetudine & Privilegiis.
2. De Principiis Actuum humanorum, Intentione, voluntate, potestate, &c.
3. De statu Personarum, de Conjugio, Liberis, &c.
4. De Rerum Commodo, Possessione, Dominio, Servitute.
5. De Conventionibus, Contractibus & Obligationibus.
6. De Testamentis, & Legatis, &c.
7. De Præstationibus, Doli, Culpæ, Casus, &c.
8. De Solutionibus, & Liberationibus.
9. De Delictis, Criminibus & Poenis.
10. De Judiciis, Probationibus & Sententiis.

CLASSIS PRIMÆ.

Quæst.

1. **A**N jus sit ars boni & æqui? Aff. p. 1
2. An idem sit jus naturale & jus gentium? Neg. 8
3. An jus naturale sit immutabile? Aff. 14
4. An ad constitutionem legis scriptura sit necessaria? Aff. 19
5. An legis sit futuris duntaxat prospicere? Aff. 23
6. An pro ratione legis, ejus sententia sit extendenda, & restringenda? Aff. 28
7. An lex consuetudine abrogari possit? Aff. 38
8. An privilegium persona concessum cum persona extinguatur? Aff. 44
9. An quod in favorem alicujus introductum est, in ejus præjudicium cedere debeat? Neg. 48
10. An cuilibet liceat juri suo renunciare? Aff. 53

CLASSIS SECUNDÆ.

Quæst.

1. **A**N actus, ex intentione agentis æstimandus sit? Aff. p. 60
2. An quod per errorem actum est, valeat? Neg. 64
3. An

CAPITULUM.

3. An id valeat, quod quis coactus agit? 68
Neg.
4. An qui tacet, actui consentire sit censendus? Aff. 72
5. An actus circa id quod impossibile est valere possit? Neg. 77
6. An ex incertitudine actus vitietur? Aff. 83
7. An cum id quod principale est, non consistit id quod accessorium est, locum habere possit? Neg. 94
8. An in eo quod actum est utile per inutile vitietur? Neg. 100
9. An quod ab initio valuit, ex defectu superveniente, fiat invalidum? Neg. 106
10. An quod ab initio viriosum fuit, postea possit convalescere? Neg. 111

CLASSIS TERTIAE.

Quaest.

1. **A**N cum persona etati, vel certo negotio, tempus praestituitur, terminus inceptus pro completo sit habendus? Aff. 117
2. An in jure deterior sit conditio feminarum, quam masculinum? Aff. 124
3. An justum conjugium solo consensu contrahatur? Neg. 129
4. An inter consobrinos, vel fratrum & sororum liberos, matrimonium contrahi possit? Aff. 134
5. An Parentum consensus ad nuptias liberorum sit necessarius? Aff. 138
6. An

INDEX

6. An qui pro virgine vitiatam uxorem duxit
eam repudiare possit? Neg. 142
7. An qui ex uxore nascitur mariti filius sit
habendus? Aff. 147
8. An liberi Patris conditionem sequantur?
Aff. 152
9. An liberi conditionem Patris, ad quam
postquam nati sunt, pervenit, sortian-
tur? Aff. 156
10. An duobus una pereuntibus, alter su-
pervixisse, vel postremo mortuus, cen-
sendus sit? Neg. 161

CLASSIS QUARTÆ.

Quæst.

1. **A**N quis alteri prodesse teneatur? Aff.
p. 167
2. An invito quicquam acquiri, aut adimi
possit? Neg. 173
3. An quis plus iuris ad alium transferre
possit quam ipse habet? Neg. 180
4. An rei cujusque commodum, & incommodum
ad eundem pertineat? Aff. 185
5. An duo eandem rem in solidum possidere
possint? Neg. 191
6. An dominium sine possessione acquiri possit?
Neg. 197
7. An quæ sunt feræ naturæ, in alieno solo
capta, fiant capientium? Aff. 203
8. An species, sive res ex aliena materia facta,
cedat in dominium facientis? Aff. 209
9. An

CAPITUM.

9. An *bona fidei possessor* percipiendo fructus, suos faciat? Aff. 203
10. An *prædii servitus diuturno usu solo acquiri possit*? Aff. 219

CLASSIS QUINTÆ.

Quæst.

1. **A**n *contractus in arbitrium, aliter quam boni viri, collatus valeat*? Neg. 224
2. An à *contractu perfecto recedere liceat*? Neg. 229
3. An *mutuum, ex pecunia, qua non est Creditoris, constitui possit*? Aff. 234
4. An *rem creditam, propter impensas in eam factas, retinere liceat*? Aff. 240
5. An *qui prior est in pignore, potior sit in iure*? Aff. 244
6. An *qui ad rem reficiendam pecuniam credit, in ea jus hypotheca habeat*? Aff. 250
7. An *emptionem, venditionem, &c. contractibus, in pretio se circumvenire liceat*? Aff. 256
8. An *conductor finito tempore conductionis, fructus quos antea sevit, percipere debeat*? Aff. 260
9. An in *contractu Societatis, conventio de lucro, & damno inæquali, sit admittenda*? Neg. 266
10. An *quod ex mandato, post mortem mandantis, ab ignorante gestum est, sit irritum*? Aff. 271

CLAS-

INDEX

CLASSIS SEXTÆ.

Quæst.

1. **A**N ultima dispositio in alterius voluntatem conferri possit? Neg. p. 277
- † 2. An ex testamento imperfecto jus aliquod competere possit? Neg. 282
3. An prius testamentum perfectum, posteriore imperfecto rumpatur? Neg. 287
4. An in testamento, persona, vel rei falsa designatio, dispositionem vitiet? Neg. 291
- † 5. An in testamento voluntas defuncti magis quam verba sit attendenda? Aff. 297
6. An in testamento, voluntas plenius sit interpretanda? Aff. 302
7. An legati incerti electio sit legatariorum? Aff. 307
8. An re testatori, cum alio communi, legata, tota sit præstanda? Neg. 311
9. An si res eadem sapius sit legata, pluries sit præstanda? Neg. 315
10. An ex pacto de hereditate viventis, jus successionis, in locum defuncti, competere possit? Neg. 320

CLASSIS SEPTIMÆ.

Quæst.

1. **A**N secundum utilitatem contrahentium, dolus & culpa sit præstanda? Aff. p. 326
2. An

CAPITULUM.

1. An quis alteri, ad præstandum casus fortuitos, teneatur? Neg. 335
2. An qui rem æstimatam recepit, suo periculo eandem restituere teneatur? Aff. 339
3. An qui rei periculum in se suscepit, ad præstandum casus fortuitos teneatur? Neg. 334
4. An qui fortuitos casus in se suscepit, ad præstandum insolitos, teneatur? Neg. 347
5. An ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debeat? Aff. 351
6. An qui in locum alterius succedit, ejus contractum ratum habere, teneatur? Neg. 355
7. An quod ex mora, vel culpa rei contingit, a fidejussore sit præstandum? Neg. 359
8. An rei debita, cujus solutioni tempus non est præstitutum, æstimatio, secundum incertum judicium, sit præstanda? Aff. 364
9. An qui occasionem damni dedit, ad id præstandum teneatur? Aff. 370

CLASSIS OCTAVÆ.

Quæst.

1. An aliud pro alio, invito Creditore, solvi possit? Neg. P. 376
2. An solutione partis, invito Creditore, Debitor liberetur? Neg. 381
3. An quod in diem debetur, ante diem, invito Creditore, solvi possit? Aff. 385
4. An quod certo loco debetur, alibi invito creditore solvi possit? Neg. 390
5. An

INDEX

5. *An Debitoris sit, ex qua causa solvit, vel solutum repetit, statuere?* 393
6. *An major pars creditorum, de debitis omnium aliquid remittere possit?* Aff. 398
7. *An oblatio debiti, sine obfignatione, & depositione, vim solutionis habeat?* Neg. 404
8. *An redditione Chirographi debitum remissum sit censendum?* Aff. 408
9. *An Debitor rei interitu liberetur?* Aff. 413
10. *An cum Debitor succedit Creditori, vel contra, debitum extinguatur?* Aff. 418

CLASSIS NONÆ.

Quæst.

1. **A**N affectus delinquendi, si effectus non sequatur, sit puniendus? Aff. p. 424
2. *An delinquens ultra id quod cogitavit, de eventu teneatur?* Aff. 427
3. *An ex delicto commissio, cujus pœnituit, quis teneatur?* Aff. 432
4. *An mandans delictum, & delinquens, paræ pœna, sint plectendi?* Aff. 437
5. *An ex delicto, quis conditionem suam meliorem facere possit?* Neg. 441
6. *An delicti ad delictum detur compensatio?* Aff. 446
7. *An ad evitandum damnum, alteri damnum inferre liceat?* Neg. 450
8. *An vim vi repellere liceat?* Aff. 455
9. *An cum à pluribus simul, idem delictum* com-

CAPITUM.

committitur, singuli in solidum teneantur ? Aff. 460

10. *An ex delicto defuncti, hæres teneatur ?*
Neg. 464

CLASSIS DECIMÆ.

Quæst.

1. **A**N quis sibi, vel suis jus dicere possit ?
Neg. p. 469
2. *An reus aëtori instrumenta edere teneatur ? Neg.* 475
3. *An affirmanti solum, incumbat, probatio ?*
Aff. 479
4. *An aëtor, qui nihil probavit, reo iurjurandum deferre possit ? Aff.* 483
5. *An in causa criminali fidejussor dari possit ? Neg.* 486
6. *An in causa criminali Procurator intervenire possit ? Neg.* 490
7. *An de causa criminali transigere liceat ?*
Neg. 494
8. *An ex præsumptionibus, de crimine quis sit condemnandus ? Neg.* 499
9. *An iudex secundum propriam notitiam, contra probationes in iudicio, pronunciare debeat ? Neg.* 503
10. *An iudex possit augere vel minuere pœnam legibus impositam ? Neg.* 507

QUÆST.

CAPITULUM

...
...
...
...

CLASSIS DECIMA

1. ...
...
2. ...
...
3. ...
...
4. ...
...
5. ...
...
6. ...
...
7. ...
...
8. ...
...
9. ...
...
10. ...
...

QUEST


ci
ve
ce
m
Ju
qu
Na

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS CLASSIS PRIMA.

QUÆST. I.

An Jus sit Ars Boni & Æqui?

Quod sic, probatur.

I.  *US*, inquit *Ulpianus*, ut eleganter definit *Celsus*, est *Ars Boni & Æqui*. Cujus quis nos *Sacerdotes* merito appellet, *Justitiam* namque collimus, & *Boni & Æqui* notitiam profite-
mur, æquum ab iniquo se-
parantes, licitum ab illi-
cito discernentes, bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiõrum quoque exhortatione, effi-
cere cupientes. D. I. I. I.

2. *Jus*, inquit *Paulus*, pluribus modis dicitur, uno modo Cum id quod semper Bonum est, & Æquum, *Jus* dicitur. D. I. I. II.

Quod non arguitur.

I. *Quia Jus non est Bonum, & Æquum.*

I. Id quod semper Bonum est, & Æquum, in-
quit *Paulus*, *Jus* dicitur, ut *Jus Naturale*, sed *Jus*
Naturale est una tantum species, à *Jure Civili* di-

2 *Quaestionum Juris Civilis*

stineta, & quod ei proprie convenit, de Jure Civili dici non potest. *D. 1. 1. 11.*

Resp. Quod Jus Naturale est quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit, & hoc semper bonum est, & æquum, quia semper firmum, atque immutabile est, *Instit. de jure natur. S. 11.* Jus vero Civile est, quod Civili ratione in unaquaque Civitate, vel Populo constituitur, & bonum est quia, ut *ibidem Paulus*, in quaque Civitate utile est, & æquum est quia suum cuique tribuit, & Æquitas Civilis, rigorem Juris, ad æqui & boni normam reducere solet. Sed hoc Jus non est semper æquum & bonum, quia quod quæque Civitas sibi constituit sæpe mutari solet *Instit. ibid.* pro mutatione scilicet personarum, rerum & temporum, sed dum durat, bonum & æquum manet.

2. Hæc quaestio, *inquit Celsus*, est de bono, & æquo quo in genere sub autoritate Juris scientiæ, pernitiōse erratur, ex quibus videtur, quod Juris scientia bono & æquo adversatur. *D. 45. 1. 19. 93.*

Resp. Quod, uti *Celsus* ibi refert, Veteres tradiderunt, quoties intervenit Debitoris mora, ejus obligationem perpetuari, unde stricto jure argui potuit, si res debita post moram periret, ejus æstimationem deberi. Sed *Celsus* æquum censuit si Debitor eam ante interitum obtulit, & Creditor recipere noluit, eum liberari, cui suffragatur *Marcellus* qui in *l. 72. D. de solutionibus* non est æquum, *inquit*, pecunia amissa debitorem teneri, qui non teneretur, si Creditor accipere voluisset, & proinde, Et si stricto jure conveniri potuit, Exceptione Doli se tueri potuit, ita ut non simpliciter Juris Civilis scientia, sed juris stricti prætextus, Bono & æquo, sive æquitati naturali adversari sit intelligendus.

3. Quod Principi placuit, *inquit Ulpianus*, Legis habet vigorem, cui congruit, quod *Thrasymachus* apud *Platonem* dicebat, Jus nihil aliud esse, quam quod potentiori sit utile, & proinde quodcunque

cunque is jufferit five voluerit, id jus esse. D. 1.

4. 1.

Resp. Quod *Ulpianus* in eadem lege ait, apud Romanos, Principem hanc potestatem obtinuisse, postquam lege Regia, quæ de Imperio ejus lata est, Populus ei & in eum summum imperium contulit, & quam non inepte ipsæ Principum Constitutiones ostendunt, Nec eadem potestate omnes Imperatores uti sunt, Nam *Theodosius* & *Valentinianus* de modo condendi Leges C. de Legibus l. 8. ad Senatum sic scripserunt, Si universis tam Judicibus, quam vobis Patres conscripti, placuerit tunc demum in nostro Consistorio Lex reciterur, ut universorum Consensus nostræ Serenitatis autoritate confirmetur.

4. Jus singulare est, inquit *Paulus*, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem, autoritate constituentium introductum est, cui congruit quod *Carneades* asserit Homines pro utilitate sola Leges sanxisse, & ex communi opinione, *Horatius* dixit, utilitas justæ prope mater & æqui. D. 1. 3. 16.

Resp. Quod Leges regulariter non quoad singulas personas, sed generaliter constituuntur, Jus vero singulare, five Privilegium contra tenorem Juris communis, ex ratione, utpote ob utilitatem aliquam, sine præjudicio aliorum, autoritate publica constitui potest, & quamvis utilitatem Jus præcipue respiciat, illam tamen respicit, quæ cum honestate & Justitia (quæ Bono & æquo non sunt contrariæ) est conjuncta.

2. Quia Ars, aut Disciplina Juris constitui non potest.

1. Jus, inquit *Neratius*, finitum & potest esse, & debet, facti vero interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit. *Alfenus* vero respondit, In Causa jus esse positum, id est, in facto, & facti cognitione, unde vulgo traditur, Quod ex facto jus oritur, Infinita autem sunt quæ in facto consistant, &

de infinitis certa Cognitio, aut Disciplina tradi non potest. D. 22. 6. 2. D. 9. 2. 52.

Resp. Quod Juris prudentia, sicut aliæ Disciplinæ, ea quæ generalia sunt præcipue respicit, Individua vero & singularia (quæ infinita esse possunt,) prout ad ea quæ de genere constituuntur applicari, vel pari ratione reduci possunt, l. 12. & 13. D. de Legibus. Si vero contingat aliqua particularia emergere, quæ ratione causæ, sive facti pro varietate circumstantiarum, nec sub Legibus scriptis nec sub earum ratione continentur, ea ex generalibus Boni- & Æqui regulis definienda relinquunt.

2. Omnis in Jure Definitio, inquit *Favolenus*, periculosa est, parum est enim ut non subverti possit, Omnis vero disciplina uti tradit *Cicero* à definitione incipere debet. D. 50. 17. 202.

Resp. Quod in hac lege Definitio non sumitur pro Oratione, quæ rei Naturam, sive substantiam explicat (quales de Nuptiis, Testamentis, & aliis rebus, in Juris libris quam plurimæ exactissimæ existunt) sed pro Regula Juris, qua brevis rei narratio traditur prout habetur in eadem lege, quæ (sicut Regulæ in aliis Disciplinis) Exceptionibus est obnoxia, quibus admixtis, non tam subvertitur, quam fulcitur. Atque hæc varietas, & incertitudo non magis impedit, quo minus de Juris prudentia, quam de Morali Philosophia, quæ circa Actus humanos differentes, & incertos versatur, Disciplina instituat.

3. Multa, inquit *Julianus*, Jure Civili contrariorum disputationum recepta esse innumerabilibus rebus ostendi potest. De iis vero quæ argumentatione defendi non possunt, frustra Disciplina instituitur. D. 9. 2. 51. S. 2.

Resp. Quod cum *Julianus* in hac lege de Ratione disputationum loquitur, de subtili ratione intelligendum.

ligendus est, prout apparet ex iis quæ sequuntur, ubi cum plures, inquit, trabem alienam furandi causâ sustulerunt, quam singuli ferre non possent, subtili ratione videtur neminem eorum teneri, quia verum sit neminem eam sustulisse, quo exemplo confirmat, quod cum à pluribus idem servus vulneratus esset, ut non appareret cujus ictu periret, omnes lege Aquilia tenerentur, Cum Malificia impunita esse non oporteat. Ita ut, cum Utilitas communis rationi disputandi præferenda dicatur, intelligendum non de ratione communi, sed de subtili ratione, quemadmodum *Ulpianus* ait bonæ fidei non congruit, de Apicibus Juris disputare.

Determinatio.

Quod in hac definitione *Celsus* de Juris Arte tradit, de Juris Cognitione, sive disciplina est intelligendum, quæ alibi Juris Civilis scientia, & Legitima scientia appellatur. Hujus Cognitionis objectum est Bonum, & Æquum, quo nomine Æquitas, quæ est Anima Juris, præcipue insignitur, estque cum Naturalis, tum Civilis. Æquitas Naturalis est Ratio, quam in iis, quæ ad Justiciam pertinent, Natura omnium mentibus indidit, quæ in Jure Civili aliquos effectus habet, Juris Prætorii, (quod Pandectarum Corpus percurrit) præcipuum est fundamentum; In Jure Civili, etsi sola Actionem non pariat, aliquando tamen Actioni directæ, aliquando utriusque occasionem præbet, nec non ad Compensationem sufficit, & soluti repetitionem impedit. 1. De Actione directâ, tradit *Pupinianus*, in l. 66. D. de Conditione Indebiti, qui, Hæc actio, inquit, ex Bono, & Æquo est introducta; quia, Quod alterius, apud alterum sine causâ deprehenditur, revocare consuevit. 2. De Actione utili, D. de

6 *Quaestionum Juris Civilis*

Aqua pluvia l. 2. S. 3. Quamquam, inquit idem Aquæ pluviæ actio deficiat, Actio tamen utilis competit, adversus vicinum, si quis in ejus agro aggerem restituere velit, si factus ei prodesse potest, vicino vero nihil nociturus est, quod Æquitas suggerit, et si jus deficiat, 3. De Compensationibus Ulpianus, in l. 6. D. eod. Etiam quod Natura debetur, inquit, in Compensationem venit. 4. De soluti repetitione, D. de Conditione in debiti, l. 13. Pupillus, inquit idem, si sine Tutoris autoritate mutuum accepit, & Locupletior factus, pubes solvit, non repetit, Nam hoc Natura æquum est, Neminem cum alterius detrimento fieri Locupletiores. Deinde quantum ad Jus Prætorium, Edicta plerumque, item Actiones, & Exceptiones Prætoriae, ad Naturalem æquitatem referuntur, Ita 1. de Edictis, D. de Pactis, l. 1. Hujus Edicti, inquit Ulpianus, Æquitas Naturalis est, Quid enim tam fidei humanæ congruit, quam ea quæ inter homines conveniunt, observare, Et D. de Minoribus, l. 1. Hoc Edictum, inquit idem, Prætor Naturalem æquitatem sequutus proposuit, quo Minorum tutelam suscepit. 2. De Actionibus Prætoriis constar, ex l. 1. D. si is qui testamento liber esse jussus est, &c. ubi Ulpianus, si dolo malo inquit ejus, qui liber esse jussus erit, ante aditam hæreditatem factum esse dicetur, quo minus ex bonis aliquid ad hæredem perveniret, in eum à Præторе Dupli judicium datur, Hæc Actio, Naturalem potius in se, quam Civilem æquitatem habet, siquidem Civilis Deficit Actio, sed Natura æquum est non esse impunitum eum qui hac spe audacior factus, &c. Et 3. De Exceptionibus D. si quis Cautionibus l. 2. S. 3. Si quis, inquit Ulpianus, se judicio fisci promiserit, & valitudine, vel tempestate prohibitus, se sistere non potuit. Exceptione adjuvatur, quæ ex Bono & æquo est accommodanda, Et D. de Exceptione Doli, l. 1. Ideo, inquit Paulus, Prætor hanc Exceptionem proposuit,

posuit, ne cui Dolus suus, per occasionem Juris Civilis, contra æquitatem Naturalem proficiat.

2. Æquitas Civilis, est Ratio quæ mentem, & sententiam eorum, à quibus Leges latæ sunt, respicit, & saluti eorum quorum interest benigne consulit, Ex hac æquitare Leges, & extenduntur, & restringuntur, Ita Julianus *D. de Legibus*, l. 10. Quoties, inquit, Legum sententia manifesta est, cætera quæ ad eandem utilitatem tendunt, interpretatione supplere licet. Ex cessante ratione Legis, Legis Dispositio cessare intelligitur, ita cum Edicto Ædilitio cautum sit, ut qui mancipia vendunt, Emptores certiores faciant, quid morbi, vitæve cuique sit, *D. de Ædilit. de Edicto*, l. 1. S. 2. & 6. Causa hujus Edicti, inquit Ulpianus est, ut occurratur fallaciis vendentium, & Emptoribus succurratur, Quod si intelligatur morbus, vitiumve mancipii, (ut plerumquæ quibusdam signis demonstrari solet) dici potest cessare Edictum. Hoc enim tantum intuendum est, ne Emptor decipiat, Deinde Æquitas Civilis Saluti eorum quorum interest benigne subvenit, de qua Paulus *D. de reg. Juris*, l. 60. In omnibus, inquit, maxime vero in Jure, æquitas spectanda est. In omnibus, Promissionibus scilicet, & Contractibus, Ita *D. de Ædilitio Edicto* l. 18. Si quid, inquit Caius, venditor de mancipio dixerit, id ab eo non amare exigatur, sed cum quodam temperamento, ut si Laboriosum, & vigilacem esse affirmaverit, non continuus labor, per dies, noctesque exigatur; vel si constantem dixerit non exacta gravitas, & quasi Philosophi desideretur, sed hæc omnia ex bono, & æquo desiderentur; Deinde quod ait Paulus, Maxime in Jure Æquitas spectanda est, eidem congruit, quod tradit Celsus, in l. 18. *D. de Legibus*. Benignius Leges interpretandæ sunt, quatenus earum voluntas conservetur. Cujusmodi interpretatio Juri stricto, sive Rigori Juris opponitur,

8 *Questionum Juris Civilis*

tur, quia si ad summam severitatem Jus exigatur, verum erit, quod est in proverbio Summum Jus Summam esse injuriam. Hujus Æquitatis nomine, in primis laudatus est *Servius Sulpicius*, cujus, inquit *Cicero*, admirabilis, & pœne divina fuit in Legibus interpretandis, & æquitate explicandis scientia. Neque enim ille magis Juris consultus, quam Justitiæ fuit, ita quæ proficiscebantur à Legibus, semper ad æquitatem, facilitatemque referebat, neque constituere Litium actiones malebat, quam controversias tollere. *Philippica 9.*

*Vid. Connanum Comment. lib. 1. cap. 1. Gro-
tium in Prolegom. De Jure Belli & Pacis,
Hunium, lib. 1. tract. 1. quest. 10. &
11. Treutlerum, disputat. 1. S. 2.*

Q U Æ S T. II.

*An idem sit Jus Naturale &
Jus Gentium?*

Quod non,
1. **J**US, inquit *Ulpianus*, tripartitum est, Collectum est enim ex Præceptis Naturalibus, aut Gentium, aut Civilibus. Jus Naturale est, quod Natura omnia animalia docuit. Nam istud Jus non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in terra, & in mari nascuntur, Avium quoque commune est; Hinc descendit maris & fœminæ conjunctio, quam nos Matrimonium appellamus, hinc Liberorum procreatio, hinc Educatio, Videmus enim cætera animalia, feras etiam, istius Juris peritia censerî. *D. 1. 1. 1.*

2. Jus

2. Jus Gentium, *inquit idem*, est quo Gentes humanæ utuntur, quod à Naturali recedere facile intelligitur, Quia illud omnibus animalibus, hæc solis hominibus inter se commune est, veluti, *inquit Pomponius*, Erga Deum Religio, ut Parentibus, & Patriæ pareamus, Manumissiones quoque, *inquit Ulpianus*, Juris Gentium sunt. D. 1. 1. 1. S. 4.

3. Jus Naturale, *inquit Justinianus*, cum ipso genere humano Natura prodidit. Et usu exigente, *inquit idem*, & humanis necessitatibus, Gentes humanæ Jura quædam sibi constituerunt Bella etenim orta sunt, & Captivitates sequuntur, quæ sunt Juri Naturali contrariæ, Et ex hoc Jure Gentium, omnes pene Contractus introducti sunt, utpote Emptio, Venditio, Locatio, Conductio, Societas, Depositum, Mutuum, & alii innumerabiles. I. 2. 1. S. 11. I. 1. 2. S. 2.

Quod sic,

1. Omnes Populi, *inquit Gaius*, qui Legibus, & moribus reguntur, partim Communi omnium Hominum, partim suo proprio Jure utuntur. Nam quod quisque Populus ipse sibi constituit, id ipsius proprium est, vocaturque Jus Civile, Quod vero Naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque observatur, vocaturque Jus Gentium, quasi quo Jure Gentes omnes utuntur, ex quibus videtur, quod duæ tantum sunt Juris species, Jus Naturale, scilicet five Jus Gentium, & Civile, & quod Jus Naturale five Gentium à Ratione sola procedit. D. 1. 1. 9.

Resp. Quod etsi Jus illud, quod à Naturali ratione provenit, Jus Gentium, five Generis humani dici potest, quia omnes homines, eo utuntur, ex eo tamen concludi non potest, quod omne Jus Gentium sit Naturale, Cum illud tam-

rum sit Jus Naturale, quod Natura à principio animis hominum indidit, non etiam illud, quod usu exigente, & humanis necessitatibus, gentes postea constituerunt, quod potissimum Jus Gentium appellari debet, quo multa Juri Naturali contraria, sunt introducta.

2. *Pauperies, inquit Ulpianus*, est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest Animal quod sensu (id est, intellectu caret) injuriam facere, ex quo inferri potest, quod cum bruta animalia intellectu carent, non possunt Juris esse capacia, nec potest esse Jus Naturale Hominibus cum brutis animalibus commune. *D. 9. 1. 1. S. 33.*

Resp. Quod etsi bruta animalia, quia ratione carent, non possunt injuriam facere, Jus tamen aliquod iis competere potest, quemadmodum Infantes, & furiosi qui intellectu carent, & proinde injuriam facere non possunt, Juris tamen, ut Libertatis, & Domini capaces sunt, quia Jure Gentium, & Civili hæc iis competunt. Et cum Natura animalibus brutis appetitum sensitivum concesserit, ex quo iis pro suo modulo se tuendi, foetus procreandi, & nutriendi facultas datur, qualis etiam ex Affectu naturali hominibus tribuitur, cur non respectu Authoris, Dictaminis scil. Naturæ, cui ab omnibus parendum est, utrisque recte Jus Commune datum dici potest.

3. Singulorum hominum, *inquit Justinianus*, multis modis res fiunt, Quarundam enim rerum Dominium nanciscimur Jure Naturali, quod Jus Gentium appellatur, quarundam vero Jure Civili. Ubi Jus Gentium idem quod Naturale habetur, & duæ tantum Juris species enumerantur. *I. 2. I. S. 1.*

Resp. Quod omne Dominium, prout Hermogenianus, *in lege s. D. de Justitia*: refert, est à Jure Gentium quod posterius est Jure Naturali, quod

quod Naturalis affectus, & ratio inter omnes homines ab initio constituerunt, & modos acquirendi domini ejusdem Juris esse nec esse est, quia tamen plerique eorum secundum Naturalem rationem procedunt, *Justinianus* dicit esse Juris Naturalis, quod planius explicat *Gaius* in l. 1. D. de acquir. rerum Dom. ubi quarundam rerum dominium inquit nanciscimur Jure Gentium quod ratione Naturali, (id est, secundum Naturalem rationem) inter omnes homines peræque custoditur.

4. Is Natura debet, inquit *Paulus*, quem Jure Gentium dare oportet, cujus fidem sequuti sumus, id est, Is cujus fidem ex nuda, vel simplici promissione sequuti sumus Jure Gentium ad Liberandum fidem obligatur, & quod ita debetur, etiam Debitum Naturale est, ex quo apparet eandem esse Obligationem Juris Naturalis, & Juris Gentium. D. 50. 17. 84.

Resp. Quod ex nuda, vel simplici promissione, secundum æquitatem Juris Gentium, prout definitur, id quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit, ad id præstandum quis tenetur, & idem etiam Debitum à Natura dici potest, sed non ideo sequitur, id quod Natura omnia animalium docuit Jus Naturale non esse, nec quod necessitate, & usu exigente homines constituerunt, non esse Jus Gentium, ab utroque cum Naturali tum Civili distinctum, & diversum.

5. Novatio, inquit *Ulpianus*, est prioris obligationis in aliam Obligationem Naturalem, vel Civilem transfusio, & Fide jussor, inquit *Julianus*, accipi potest ubi est aliqua Obligatio Naturalis vel Civilis cui applicatur. Absurdum vero fuisset, Jurisconsultos Obligationes, quæ à Jure Gentium descendunt, Juri Naturali ascribere, nisi Jus Naturale, & Jus Gentium idem censuissent. D. 46. 2. 1. D. 46. 1. 16. S. 3.

Resp.

12. *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod Obligationes Juris Naturalis, Juris Gentium, & Juris Civilis, suis Naturis sunt distinctæ, respectu vero Actionum quas pariunt, in usû loquendi, à Jure consultis confunduntur, ita ut Obligationes Juris Gentium, utpote, Mutui Commodati, &c. Quæ de Jure Civili Actiones pariunt Civiles nominentur, Obligationes vero Juris Civilis, quæ Actiones non pariunt, Naturales duntaxat appellantur, ut si pupillus sine tutoris autoritate promiserit, (quamvis regulariter ex stipulatione oriatur Civilis obligatio,) Naturaliter tantum tenetur, l. 1. in fine D. de Novation. Item, Si filius familias patri, vel servus domino stipulanti sponderit, unde ex divisione Obligationum in Naturales, & Civiles, non magis sequitur Jus Gentium esse Naturale, quam Jus Civile esse Jus Naturale, cum Omnis obligatio quæ actionem parit Civilis, quæ non parit Naturalis habeatur.

Interpretes Juris antiquiores, qui tripartita *Ulpiani* distinctione posthabita, *Gaii*, in duas species, Juris Gentium scilicet, & Civilis, divisionem amplectuntur, Jus Gentium, aliud Primævum, aliud Secundarium faciunt, Primævum, quod ex Naturali ratione provenit, quale est erga Deum Religio, ut parentibus, & patriæ pareamus; Secundarium, quod secundum Naturalem rationem usû, & necessitate exigente est introductum, veluti Distinctio Domini, Contractus, &c. Eorum opinioni suffragatur etiam *Donellus*, qui Omne Jus Naturale esse Jus Gentium, & Omne Jus Gentium esse Jus Naturale strenue defendit, Quorum argumentum præcipuum est, Quia nullum est Jus Naturale hominibus, cum brutis quæ intellectu carent, commune, *Wessenbecius* vero ad tit. de Justitia & Jure, tradit, quod Juris Naturalis principia sunt, non minus *σοφία φυσική*, id est, Naturales affectus, quam *νοῦς ἡννοῦς*, id est,

est, Communes Notitiae à Naturali ratione hominibus inditae. Ad Naturales affectus referuntur, Sui defensio, maris & foeminae conjunctio, prolis procreatio, & Educatio eorum prima, ad conservandum individuum, alia ad conservandam speciem, non minus brutis, quam hominibus competunt, ita de defensione Cicero, *Offic.* I. A principio omni generi animantium tributum est, ut vitam corpusque tueantur, & *D. si quadrupes*, l. II. S. II. Cum Arietes commisissent, & alter alterum occidisset, *Marius* distinxit, Ut siquidem perierit qui aggressus esset, cessaret actio, si is qui non provocaverat, actio competere, quasi jure, quod Natura omnia animalia docuit, non liceret Arieti alterum aggredi, liceret vero ei qui aggressus est, se defendere, nec *Donellus* postea distinetur, quin, quaecunque propulsatio, non ulciscendi, sed sui tuendi causa, suscepta, Justa sit in omnibus hominibus, & Justa sit in omnibus brutis, quatenus in his similitudine quadam generis humani, Justum nominari possit, tandem *Ulpianum* *Gaio* sic conciliandum putat, si primum duo tantum genera Juris statuatur, Jus Naturale, scil. sive Gentium, & Jus Civile, deinde Jus Naturale seu Gentium, in duas species distribuatur, quarum prima sit quod quodam modo cum brutis aliquam similitudinem habet, quod proprie Jus Naturale dici possit, altera quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit, quod sit hominum Jus proprium, & proprie Jus Gentium denominetur. Mihi vero omnia perpendenti, videtur. Quod *Ulpiani* definitio Juris Naturalis, sit nimis arcta, cum restringatur ad id, quod Natura omnia animalia docuit, cum extendi possit, etiam ad id, quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit. Nec placet *Gaii* Juris Gentium definitio, qui quicquid Naturalis ratio constituit, in Jure Gentium comprehendit, cum Jus Gentium verius

14 *Questionum Juris Civilis*

verius fit, quod usu & necessitatibus, exigentibus, ad singulorum commodum introductum, & quod cum in Pace, tum in Bello inter diversas gentes usurpatur.

*Vid. Donellum Comment. lib. 1. cap. 6. & 7.
Hunnum l. 1. tract. 1. 9, 19. Bronch.
Cent. prima. Assert. 3.*

QUEST. III.

An Jus Naturale sit immutabile?

Quod sic,

1. **N**aturalia Jura, inquit Justinianus, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina providentia constituta, semper firma, atque immutabilia permanent. I. 1. 2. S. 11. 4.

2. Idem Civilis ratio, inquit, Civilia quidem jura corrumpere potest, Naturalia vero non utique. I. 1. 15. S. 3. *fin*

3. Jura Sanguinis, inquit Pomponius, nullo Jure Civili dirimi possunt. D. 50. 178.

4. Senatus censuit, inquit Ulpianus, Ut omnium rerum quas in cujusque patrimonio esse constaret usufructus legari possit. D. 7. 5, 221.

5. Sed de pecunia, inquit Gaius, recte caveri oportet his à quibus usufructus pecuniæ legatus erit. Quia Senatus consulto non id effectum est, ut pecuniæ usufructus proprie esset, nec enim Naturalis ratio, autoritate Senatus, commutari potuit, sed remedio introducto cœpit, quasi usufructus haberi, quod fufius explicat. Justin. Institut. de usufructu, Sect. 2. = I. 2. 4.

D. 7. 5. 2.

Quod

Quod non,

6. Jus Civile est, *inquit Ulpianus*, quod neque in totum, à Jure Naturali & Gentium recedit, nec per omnia ei servit, itaque cum addimus, vel detrahimus aliquid Juri Communi, Jus proprium, id est, Jus Civile efficitur, id vero mutatur cui aliquid additur, vel detrahitur. *D. 1. 1. 6.*

Resp. Quod *Ulpiani* sententia, ita intelligi potest, quod Jus Civile Juris Naturalis observantiam requirit, sed adhibet quædam pro utilitate vel honestate communi observanda, veluti cum Conjunctioni maris & fœminæ, quæ est à Jure Naturali, Parentum consensus, ut legitimum matrimonium fiat, necessarius habetur, cui etiam Conjunctioni detrahitur cum non promiscue, prout alia animalia coire solent, sed respectu habito ad gradus quosdam, & ordines matrimonium permittat, utrumque justis de causis, ut non in totum libertati Naturali, sed imprudenti & indecoræ libidini derogetur.

2. Libertas, *inquit Justinianus*, est Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, & libertas, *inquit Triphoninus*, Jure Naturali continetur, contra vero *Florentinus* Servitus, *inquit*, est constitutio, qua quis Dominio alterius contra naturam subjicitur; & Jure Gentium bella orta sunt, & Captivitates sequuntur, & servitutes, quæ Juri Naturali sunt contrariæ. *I. 1. 3. S. 1. D. 12. 6. 64. D. 1. 1, 4. I. 1. 2. S. 2.*

Resp. Quod Servitute introducta, non in totum libertas tollitur, sed quoad aliqua, idque justis ex causis, utpote cum Jure Gentium, Captivis vita, ea conditione ut serviant, conceditur, idque ob bonum commune, *Institut. de Jure Person.* Ne qui in hostium potestatem devenerunt, sine discrimine occidantur, sed servantur.

3. Qui, *inquit Justinianus*, per fœminini sexus personas Cognatione junguntur, Naturali Jure Cognati sunt, quod si maxima Capitis diminutio interveniat,

16 *Questionum Juris Civilis*

veniat. Jus quoque Cognationis perit, utpote servitute alicujus Cognati, sed & si quis in insulam deportatus sit, Cognatio quæ est Juris Naturalis solvitur. *I. 1. 13. S. 1. X*

Resp. Quod Cognatio est Juris Naturalis, sed Jura quædam Cognationis, quæ maxima & media capitis diminutione tolluntur Jure Civili duntaxat, sunt introducta, cujusmodi sunt Jus Tutelæ, & Successionis, nec dicitur ipsa Cognatio tolli, sed Jus Cognationis.

4. Naturali Jure, inquit *Justinianus*, Communia sunt omnium, hæc, Aër, aqua profluens & mare, & per hæc littora maris, & feræ bestię, & volucres & omnia animalia quæ mari, cælo, & terra, nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius fuit id Naturali ratione occupanti conceditur, atqui hæc Jura non solum præscriptione, sed & autoritate publica, & conventionem privata, tolli possunt; utpote. *I. 2. 1. S. 11. 12.*

1. Usurpatum hoc est, inquit *Ulpianus*, (tamen si nullo Jure) ut quis prohiberi possit, ante ædes meas piscari, & *Paulus* affirmat, si maris Jus proprium ad aliquem pertineat; uti possidetis actionem ei competere. *D. 47. 10, 13.*

2. *Arist.* ait; Sicut id quod in mari ædificatum est privatum fieri potest, ita quod in mari occupatum fieri publicum, cui addi potest quod *Pomponius* tradit *D. de acquir. Dominio l. 50.* & quod *Leo* Imperator constituit, *Novella 56. D. 47. 10, 16.*

3. Venditor, inquit *Ulpianus*, fundi *Geroniani*, fundo *Botroiano* quem retinebat, legem dederat; ne contra eum piscatio thynnaria exerceretur, quamvis mari quod oranibus patet, servitus privata lege imponi non potest, &c. *D. 8. 4, 13.*

Resp. Quod Usus communis maris, & piscandi in mari, nec præscriptione, nec autoritate publica, nec conventionem privata in totum tollitur, sed in certis

certis tantum locis, restringitur, cum sint ejus generis, quæ Naturali Jure permittuntur non præcipiuntur, aut vetantur, cum præsertim, ut *Paulus* declarat, *D. de injuriis*, l. 14. Si maris Jus ad privatum aliquem pertineat, ad privatam causam pertinet hæc res, non ad publicam, & quod autoritate publica fit, sine alicujus injuria fieri præsumitur, & in contractu bonæ fidei, contractus legem servari oporteat, *D. Communi. Prædiorum*, l. 13. *D. 8. 4. 13*

4. Natura æquum est, inquit *Pomponius*, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores, sed ab hac æquitate recedit usucapio, qua Domino ignoranti, & invito rei suæ Dominium aufertur. *D. 12. 6. 14.*

Resp. Quod bono publico introducta est Usucapio, ne quarundam rerum diu, & fere semper incerta essent Dominia, cum sufficiat Domino ad res suas requirendas, statuti temporis (id est, triennii) spatium, quo tempore, si Dominus Jus suum non persequatur, pro derelicto habere præsumitur, *D. de Usurpat. & Usucap. l. 1. 1. 3. 1.*

5. Reus, inquit *Tryphoninus*, Capitani *Julii* qui apud te centum deposuit, deportatus est, & bona ejus publicata sunt. Quæritur Utrumine ipsi hæc reddenda sint, an in publicum deferenda. Respondetur, Quod si tantum Naturale, & Jus Gentium intueamur, ei qui dedit restituenda sunt, si Civile Jus, & legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt. *D. 16. 3. 31. 9. v. pro ratione*

Resp. Quod eadem lex rationem reddit, scilicet quod publice male meritis, ut ad deterrenda maleficia, aliis exemplo sit, Egestate laborare debet, id est, bonis suis privari.

Pro resolutione hujus quæstionis videndum. 1. Quid de Naturali Jure statuendum. 2. Quænam sit ejus vis, & effectus. 3. De modo, & causa mutationis. Quoad primum *Julius Pacius* censet illud Jus Naturale solum esse immutabile, quod Naturalis

18 *Quaestionum Juris Civilis*

Naturalis affectus, & ratio introduxit, quod divina providentia constitutum sit, Jus vero Gentium, quod secundum rationem Naturalem constitutum, quamvis aliquando Jus Naturale vocetur esse mutabile veluti Servitus quæ hoc Jure introducta est, apud Christianos pæne est abolita; Deinde quoad Jus Naturale observandum videtur, quod aliud superius, ut Jus Religionis, Cum summa ratio sit quæ pro Religione facit, *D. de Religiosis, l. 43.* & Jus publicum, quia Salus populi suprema lex est, aliud inferius, ut Jus prophanum, & privatum, & in eodem genere aliud prius, ut vita, & libertas, aliud posterius, ut existimatio, & bona, unde evenit ut aliquando una Naturalis ratio, alteri cedere debeat nec tam Jure Civili Jus Naturale, quam ratio Naturalis ratione superiori, vel potiori mutetur. Quoad secundum considerandum quod Jus Naturale, alia præcipit, alia prohibet, alia permittit. Et quod sit immutabile verum est in iis quæ Jus Naturæ præcipit, aut prohibet, non in iis quæ à Natura licita tantum sunt, & permissa, ita Grotius, *lib. 1. de Jure belli, cap. 2.* Ad modum & causam mutationis quod attinet. Mutatio vel modica vel totalis supponi potest, Jus Naturale mutationi totali non est obnoxium, mutationem vero modicam vel in parte aliquando ex Justa causa admittere potest, causa vero mutationis Justa, 1. Utilitas publica, cui privata cedere debet. 2. Consensus partium qui Juri suo renunciare possunt. 3. Personæ delictum quod privatione Juris alicujus plecti meruit.

Vid. Donellum Comment. lib. 1. cap. 12. Grotium de Jure belli, lib. 1. cap. 1. Sect. 10. & cap. 2. Pacium Comment. ad S. ult. Instit. de Jure Naturali & Gentium Quæst. 2. Hunnium, lib. 1. tract. 1. quæst. 30. Bronch. cent. 1. ass. 3.

QUÆST.

QUÆST. IV.

*An ad constitutionem legis scriptura
sit necessaria?*

Quod sic,

1. **J**ura Civilia, *Inquit Justinianus*, tunc esse cœperunt, cum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt. *I. 2. I. 11.*

2. Constat Jus nostrum quo utimur, *inquit Idem*, aut scripto, aut sine scripto, scriptum autem Jus est, lex, plebiscitum, Senatus consultum, Principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum. *I. 1.*

2. *S. 3.*

3. Placuit, *inquit Pomponius*, Decem viros constitui per quos leges à Græcis Civitatibus petitz in tabulas eboreas perscriptæ, pro rostris componerentur ut possint apertius percipi. *D. 1. 2, 2. S. 4.*

4. Eum edere actionem ait *Labco*, qui adversarium suum ad Album prætoris producit, & demonstrat, ex quo Edicto acturus sit & *Alexander Imperator* Irasès ait ad exemplum interdictorum quæ in Albo proposita Prætor habet; rem ad suam æquitatem redigit. *D. 2. 13. I. S. 1. C. 8. 1, 1.*

5. Leges Sacratissimas, quæ constringunt hominum vitas, *inquiunt Valentinianus, & Martianus Impp.* intelligi ab omnibus debent, ut universi præscripto eorum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel præmissi sectentur. *C. 1. 14, 9.*

6. Si scripta fuerit hujusmodi lex, *inquit Justinianus*, sancimus post duos menses valere. *N. 66.*

Quod non,

1. Non inelleganter, *inquit Justinianus*, Jus Civile in duas species distributum est, nam Origo ejus ex institutis duarum Civitatum fluxisse videtur, in his enim Civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii, ea quæ pro legibus observabant memoriz

20 *Quaestionum Juris Civilis*

moriar mandarent, Athenienses vero quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent. *I. 2. S. 10.*

Resp. Quod Lacedæmoniorum territorium angustum erat, & uti refert *Plutarchus*, eorum leges erant, & paucae, & breves, ut sine scriptura facile ad populi notitiam devenire potuerint, quod in latioribus ditionibus, utpote Populi Romani fieri non potuit.

2. Inveterata Consuetudo, inquit *Julianus*, non immerito pro lege custoditur, nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod Judicio Populi receptæ sunt, merito & ea quæ Populus, sine ullo scripto probavit, tenebunt omnes. *D. 1. 3. 3. 9.*

Resp. Quod Juris Civilis duæ sunt species, Lex & Consuetudo, & ut Lex in Scripturam erat reducta ita Consuetudo, alia species distincta, tacito consensu, ex diuturno Usu introducebatur.

3. Lex est, inquit *Justinianus*, quod Populus Romanus Senatorio Magistratu interrogante constituebat, id est, ad rogationem Consulis, dicentis velitis, jubetis Quirites? assensum suum, prout in verborum obligationibus fieri solebat, voce præbuit. *I. 1. 2. 2. S. 4.*

Resp. Quod priusquam Magistratus Populum rogabat, velintne juberetve legem ferri, legem in scriptis propositam recitabat ita, ut in lege ferenda scriptura omnino intervenerit.

4. Nec quis Viindemiarum tempore, *Ulpianus* inquit, adversarium suum ad Judicium venire cogat Oratione *Divi Marci* exprimitur, & *Divus Marcus* inquit, Oratione in Senatu recitata effecit ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Prætoris facta esset, ita ut Orationes principum in Senatu habitæ, pro legibus haberentur. *D. 2. 22. 1. D. 2. 1. 5, 8.*

Resp. Quod Orationes imperatorum, pro legibus habebantur non statim, ideo quia in Senatu viva voce prolatae sunt, sed postquam in Senatus consultum,

consultum, quod scriptis mandabatur redigerentur. Uti apparet L. 20. D. *Petitione hereditatis*, ubi de eo quod Imperator proposuit, Senatus ita statuit, Pridie Idus Martias, Q. *Julius Balbus* & *Publ. Juventius Celsus*, verba fecerunt, de his, quæ *Hadrianus Augustus* proposuit, quinto Nonas Martias, libello complexus, quid fieri placuit, de qua re ita censuerunt, deinde Senatus consultum sequitur.

5. Est proprium Jus Civile, inquit *Pomponius*, quod sine scripto in sola prudentum interpretatione consistit. D. 1. 2, 2. S. 12.

Resp. Quod *Pomponius* inter antiquas Juris Civilis species recenset Interpretationes Juris prudentum, quæ in disputationibus forensibus, pro Jure recipiebantur, postea tamen collectæ in Scripturam redigebantur, & tum demum legum vigorem obtinebant, postea *Divus Augustus*, ut major Juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex autoritate ejus responderent, tandem *Justinianus* Imperat. Responsa ex eorum libris in Pandectas collecta pro Jure habenda confirmavit.

6. Jus Prætorium, inquit *Papinianus*, Jus honorarium dicitur, & Jus honorarium, inquit *Martianus*, viva vox est Juris Civilis. D. 1. 1. 7, & 8.

Resp. Quod Jus Prætorium viva vox Juris Civilis, per metaphoram hyperbolicam dicitur, quemadmodum Magistratus ab *Aristotile* lex loquens insignitur, quia Prætor, ubi Jus fileat, vel in quibus leges nihil statuunt, Jus dicit, uti tradit *Papinianus*, adjuvando, supplendo vel corrigendo Jus Civile, publicæ utilitatis gratia, & quæ præcipue erant Juris Prætorii partes, Edicta, in albo descripta, inter Juris scripti partes à *Justiniano* recensentur.

Pro resolutione hujus quæstionis, expendendum
1. Quo sensu Lex. 2. Quo sensu constitutio legis fit intelligenda. 3. Quo modo scriptura sit necessaria. 1. Lex aliquando late sumitur pro Jure, ita Jus Naturale lex Naturæ dicitur, item id quod moribus receptum

22 *Questionum Juris Civilis*

receptum est, ut *Instit. de Jure Naturali, &c. S. 3.* apud Græcos *ἡ νόμος οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἀγροφοι*, id est, legum aliæ scriptæ, aliæ non scriptæ sunt, alias proprie & stricte sumitur pro Jure scripto, quemadmodum *Cicero* definit. .1. *De legibus* lex est quæ scripto sancit quod vult, aut jubendo, aut vetando. 2. Constitutio legis intelligitur, vel respectu legislatoris, vel respectu eorum quibus leges latæ sunt; respectu legislatoris lex constituitur, cum pro autoritate, quid observandum decreverit, respectu eorum quibus leges latæ sunt, cum id quod decretum est, ad eorum notitiam deducitur, ex quo eos obligandi vim haberi incipit. 3. Necessarium aliquid habetur vel simpliciter vel secundum quid, simpliciter necessarium est quo fit ut quid sit vel existat, secundum quid necessarium, ex quo fit, ut id quod est, vel existit, effectum sortiatur, Quibus prælibatis sic statui potest. 1. Quod ad constitutionem legis, prout lex à Jure Naturali, & Consuetudine distinguitur, scriptura omnino est necessaria. 2. Quod scriptura ad Constitutionem legis necessaria est, si non respectu legislatoris at respectu eorum quibus lex lata est. 3. Quod scriptura si non simpliciter necessaria est ad Constitutionem legis, quia sine scriptura lex esse, & existere potest, at secundum quid est necessaria, quia sine scriptura ad aliorum notitiam, ex qua vim obligandi habet, devenire commode non potest.

Vil. Hunnium, lib. 1. tract. 1. quest. 22. Morlam, tit. 1. quest. 22. Langium, Decad. 1. Theor. 7.

QUÆST.

QUÆST. V.

*An Legis sit futuris duntaxat
prospicere ?*

Quod sic ,

1. **L**Eges, & Constitutiones, *inquiunt Theodosius & Valentinianus*, certum est futuris dare formam negotiis nec ad facta præterita revocari. C. 1. 14. 7.

2. *Justinianus Imp.* Cum de Cautione à curatore præstanda, & de inventario conficiendo statuisset; Hæc omnia *inquit*, quæ de Curationibus Tutorum, per novam definitionem introducta sunt, futuris casibus imponantur, neque antea factis Curatoribus, aliquid novi accedat, sed antiquo ordine statuti in antiquis terminis permaneant. C. 5. 70. 7. S. 11.

3. *Idem cum Zeno Imp.* privilegia certis dignitatibus indulta ab initio Imperii sui abrogasset, Constitutionem ejus ita corrigendam censuit, ut non ab initio ejus imperii, sed à die promulgationis solummodo obtineret, cum conveniat, *inquit*, leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare. C. 10. 31. 64.

4. *Idem* Constitutione qua requiritur, ut Hæredis nomen à Testatore scribatur, vel nuncupetur, hæc, *inquit*, in posterum tantummodo observari censemus, ut testamenta quæ potest hanc legem conficiuntur, cum tali observatione procedant. Quid enim antiquitas peccavit, quæ præsentis legis inscía, pristinam observationem sequuta est? C. 6. 23. 29.

5. *Idem* cum de novo sancivisset, Quod quoties aliquis decederet, relictis nepotibus & Agnatis collateralibus,

24 *Questionum Juris Civilis*

lateralibus, Nepotes descendentes soli, exclusis agnatis ad defuncti successionem vocarentur, addit hoc tamen in futuris, non in præteritis negotiis observari decernimus. C. 6. 55, 12.

6. Idem cum Rector Provinciæ in causa inter quendam *Eustathium* Episcopum, *Pistorum* Diaconum procedens sententiam definitivam tulisset à qua Appellatio erat interposita, & Judices dubitarent an secundum legem quæ postea promulgata est, eandem causam examinare deberent. Is respondit sibi justum videri, secundum leges quæ obrinebant, tempore latæ sententiæ, non secundum legem postea latam causam esse terminandam. N. 115. 1.

Idem confirmant, L. 2. C. de *Jurejur. propter calumniam*. L. 23. C. *Mandati*, Novell. 73. C. 9.

Quod non,

1. Cum antea siquis Decurionum de bonis suis disponderet, quartam partem Curix relinquere teneretur, *Justinianus* constituit, ut siquid Ecclesiæ donatum, aut relictum esset, integrum absque quartæ partis detractiōe præstaretur, & hanc prærogativam sanxit vires obtinere, non solum in Casibus quos futurum tempus creaverit, sed etiam, in adhuc pendentibus, Judiciali termino, vel amicabile compositione nondum consopitis. C. 1. 2, 17.

Resp. Quod hæc prærogativa non ad futuras tantum sed etiam ad pendentes hæreditates, extendebatur. Quia *Justinianus* ita expresse constituit, & sic constitui videtur speciali favore Ecclesiæ, cujus potior, quam Curix cujusquam ratio habebatur.

2. Sancitum est à *Justiniano*, ut qui aliquid emunt à fisco vel à procuratore *Cesaris*, privilegium habeant, ne ipsi ab aliquo convenientur, sed fiscus intra Quadrennium, cuicumque liti sit obnoxius, Atque hoc sancitum est sive à fisco, vel procuratore *Cesaris*, ante eam constitutionem, sive postea, alienatum fuerit. C. 7. 17, 3.

Resp.

Resp. Quod ita à *Justiniano* constitutum est, quia similis constitutio ab Imperatore *Zenone*, ante edita erat, & ad utilitatem publicam pertinebat, Alienationes à fisco, & à Procuratore Cæsaris factas ratas esse.

3. Constitutum est ab eodem *Justiniano*. Ne Rectores Provinciarum res mobiles in Provinciis emant, aut donatas habeant præter eas, quæ ad victum, & vestitum pertinent, Quod, *inquit*, Imperator etiam ad præterita negotia referri sancimus. C. 1. 53, 1.

Resp. Quod ita constitutum est, Ne Rectores Provinciarum iis, à quibus aliquid acquirunt, quicquam gratiose indulgere obligarentur. Quæ ratio subest tam in iis, quæ ante constitutionem, quam in iis quæ postea acquisita sunt.

4. Jubemus, *inquit Justinianus*, In omnibus litigiis jam motis, & pendentibus, seu postea movendis transactiones (super servili quæstione) jam celebratas, vel celebrandas, vires suas obtinere. C. 2. 43.

Resp. Quod ita constitutum est, Quia etsi generaliter pactiones inter dominos, & servos sint prohibitæ, Quod de conditione servili, sive de libertate pactum, vel transactum fuerat ratum esse oportere videbatur, Quia libertas est rebus omnibus favorabilior.

5. Pactum de hæreditate viventis, etiam ante constitutionem factam à *Justiniano* irritum decernitur. C. 2. 3, 30.

Resp. Quod ratio est, Quia pacta hujusmodi sint contra bonos mores, & veteres regulas, Quibus ex causis non minus ea quæ constitutionem præcesserunt, quam quæ sequuta sunt damnantur.

6. De usuris, *inquit Justinianus*, quarum modum iam statuimus (id est, ne ultra sex pro centum exgantur) jubemus etiam eos qui ante hanc sanctionem, ampliores quam statutz sunt usuras stipulari sunt,

26 *Questionum Juris Civilis*

sunt, ad modum eadem sanctione sancitum, ex tempore promulgationis ejusdem, suas moderari actiones, Et hac apertissima lege definimus, nullo modo cuiquam licere usuras præteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, id est, usuras usurarum à debitoribus exigere. *C. 4. 32. 27. D. 22. 1, 2. &c.*

Resp. Quod etsi contractus usurarius ante legem promulgationem celebratus sit, executio ejusdem promulgationem sequutura erat, & contractus usurarius, ex continuatione, quolibet anno renovatus intelligitur.

7. *Diocletianus & Maximianus Impp.* Cum eo tempore, *inquiunt*, quo indulgentia nostra criminum extinxit Accusatio à te instituta non fuerit, publicæ Abolitionis præscriptio cessat, ex quibus inferatur, Quod generalis Abolitio ad criminationes, sive accusationes præcedentes, & pendentes pertinet, non ad eas quæ postea institutæ sunt. *C. 9. 43, 2.*

Resp. Quod ex intentione Impp. Generalis Abolitio ad Criminationes præteritas, & pendentes tantum pertinet. Nam sicut de delicto committendo pacisci non licet; ita Imperator præteriti delicti postnam, non futuri, quod esset contra bonos mores, condonare debet, & proinde cum Lex in præteritum quid indulget in futurum vetat, *D. de legibus, l. 21.*

Bartolus de hac questione sic distinguit; Quod aut in legibus expresse dicitur, quod trahantur ad futura, aut in iis nominatim fit mentio de tempore præterito, & de pendentibus negotiis, aut in iis nihil dicitur, nec de præteritis, nec de futuris. 1. Si expresse dicatur quod trahantur ad futura, ad futura sola sunt trahenda, *l. 7 C. de legibus.* 2. Si nominatim cautum sit, de tempore præterito, & de negotiis pendentibus, ad præterita, & dependentia sunt trahenda, *C. de legibus eadem lege.* 3. Si nihil dictum sit, nec de præteritis, nec de futuris, tunc aut lex procedit declarando, vel confirmando

vel annullando, vel aliquid de novo inducendo.
 1. Si lex procedat declarando, bene porrigitur ad præterita *l. ult. C. de pactis*. 2. Si lex procedat confirmando, etiam porrigitur ad præterita, *ut l. 4. C. de Quadrennii præscript.* 3. Si procedat annullando, aut causâ suberat de præterito, & extenditur ad præterita, *Authentica de Alienatione & Emphyteusi. cap. 11. S. ult.* aut non suberat de præterito, & non extenditur ad præterita, *l. 29. C. de testamentis*. 4. Si lex procedat, aliquid de novo inducendo, aut pertinet ad Contractus, aut ad Delicta, aut ad Judicia, 1. Si pertineat ad Contractus, tunc aut lex inducit aliquid circa substantiam, per quod exceptio tempore contractæ obligationis competeat, & ad præterita extenditur, aut inducitur exceptio quæ non competeat tempore contractus, & non extenditur ad præterita, aut lex de novo aliquid constituit circa contractus formam, & solemnitatem, & si actus sit inceptus, sed non perfectus, ad illum lex nova porrigitur, sed si actus sit perfectus, lex ad illum non porrigitur, *Auth. de non alienandis, cap. 1.* 2. Si lex pertineat ad delicta tunc aut aliquod facit delictum, quod prius non erat, & ad præteritum non extenditur, *Auth. de sanctis Episcopis*, aut delicto poenam novam imponit, & tunc hæc poena, vel tendit ad aggravationem, & non extenditur ad delictum præteritum, vel tendit ad mitigationem, & bene porrigitur ad præteritum, quia talis modus liberationis contingit post delictum commissum. 3. Si id quod lex de novo inducit, pertineat ad judicia vel tendit ad ordinationem litis & tunc locum habebit in judiciis quæ instituuntur de causis præteritis, & legem præcedentibus, *l. 2. C. de Furam. Calumnie*, vel tendit ad causæ decisionem, & tunc idem dicendum, quod supra dictum est de contractibus, & delictis.

28 *Questionum Juris Civilis*

*Vid. Bartolum ad l. omnes populi D. de Justitia
& Jure, Morlam. tit. I. quest. 6.*

Q U Æ S T. VI.

*An pro ratione legis, ejus sententia sit
extendenda, & restringenda?*

Quod sic,

I. **Q**UOD pro ratione sit extendenda.

1. Non possunt, inquit *Julianus*, omnes articuli singulatim, aut legibus, aut senatus consultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui Jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita Judicare debet; Nam ut ait *Pedius*, Quoties lege aliqua, unum, vel alterum introducit, bona occasio est, cætera quæ ad eandem utilitatem tendunt, interpretatione, vel certe jurisdictione supplere. *D. 1. 3, 12. D. 1. 3, 14.*

2. Verbum Ex legibus, inquit *Ulpianus*, sic accipiendum, tam ex legum sententia, quam ex verbis. *D. 50. 16. 6.*

3. Oratio *Impp. Antonini, & Commodi*, inquit *idem*, quæ quasdam nuptias in persona Senatorum inhibuit, de sponsalibus nihil locuta est, recte tamen dicitur, etiam sponsalia in his casibus nullius esse momenti, ut suppleatur, quod Orationi deest, add. *l. 4. D. de fundo dotali. D. 23. 5, 16.*

4. Verba senatus consulti *Macedoniani*, inquit *idem Ulp.* Placere, ne cui, filio familias pecuniam mutuam dedisset, post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio, petitioque daretur, Quamvis verba videntur ad numeratam pecuniam referri. Si fraus fiat senatus consulto, frumento, vel vino, vel

el oleo mutuo dato, ut his fructibus distractis, pen-
unia utatur, filio familias subveniendum est. D. 14.
1. D. 14. 6, 7.

5. Si quis, *inquit Ulpianus*, quod in Albo præ-
oris propositum erit corrupèrit, datur in eum quin-
centorum aureorum judicium; Quod si dum propo-
nitur, vel ante propositionem, quis corruerit, Edicti
quidem verba cessant, *Pomponius autem ait*, Edicti
sententiam ad hæc esse porrigendam. D. 2. 11, 7.
D. 2. 1, 7, 12.

6. Illud quæsitum est, *inquit Gaius*, An quod
proconsul in furto observat, quod à familia factum
est, (id est, ut non in singulos, detur furti per-
secutio sed sufficere id præstari, quod præstandum
foret si id furtum, unus liber fecisset) debet & in
actione damni injuriæ observari? sed magis visum
est, idem observandum esse, & merito, cum e-
nim circa furti actionem hæc ratio sit, Ne ex uno
delicto dominus tota familia careat, & eadem ra-
tio in actione damni injuriæ interveniat, sequitur
et idem debeat æstimari, idem confirmari po-
est, l. 9. S. 5. D. de Juri & facti ignor. l. 26.
l. 17. cum l. 25. 35. de petitione heredit. D. 9.
32.

2. Quod pro ratione legis, ejus sententia sit
restringenda.

1. Prætor ait, *inquit Ulpianus*, Parentem, patro-
num sine permisso meo, ne quis in Jus vocet, & in
eum qui adversus fecerit judicium quinquaginta au-
reorum datur, *Paulus* vero ait, quamvis non adjiciat
prætor causa cognita, pœnale judicium se daturum,
Labeo ait, Juris-dictionem moderandam, veluti si
pœniteat libertum, & actionem remittat, vel patro-
nus vocatus non venerit, aut si non invitatus vocatus
sit, licet edicti verba non patiantur. D. 2. 4, 4. &
4. D. 2. 4, 11.

2. *Julianus* ait, sine distinctione contra lega-
tum actionem denegandam, & merito, ne ab offi-
cio

30 *Questionum Juris Civilis*

cio susceptæ legationis avocetur, *Paulus* vero ait, de eo legato, qui Romæ hæreditatem adiit, nisi legatariis satis det ii in possessionem rerum hæreditariarum mitti possunt, quod & probat *Julianus*, qui, Quid prohibet, *inquit*, legatum publico munere fungi, & actorem custodiæ causâ in possessione rerum hæreditariarum esse. *D. 5. 1, 26, & 27.*

3. Quod dictum est, *inquit Paulus*, si cum reo pactum sit, ne petatur, fide jussori quoque competere exceptionem placuit propter rei personam, ne mandati judicio conveniatur; Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo, quis fide jusserit dicendum est, exceptionem fide jussori non prodesse. *D. 2. 4, 33.*

4. Senatus consulto *Velleiano*, *inquit idem*, plenissime comprehensum est, Ne fœminæ pro ullis intercederent, (id est, obligationem in se reciperent.) *Ulpianus* vero senatus consultum, *inquit*, mulieribus opem tulit propter sexus imbecillitatem, sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatæ, hoc enim *Divus Pius & Severus* rescripserunt, nam deceptis, non decipientibus opitulatur. *D. 16. 1, 1. & 2. S. 2.*

5. Edicto *Ædititio*, *inquit Ulpianus*, cautum est, ut qui mancipia vendunt emptores certiores faciant, quid morbi vitiiue cuique sit, & causâ hujus edicti est, ut occurratur fallaciis vendentium, & emptoribus succurratur, quicumque à venditoribus decepti fuerint, quod si intelligatur vitium morbusve mancipii, ut plerunque ex quibusdam signis vitia apparere solent, dici potest cessare edictum, hoc enim tantum intuentum est ne emptor decipiatur. *D. 21. 1, 1. S. 2. & 6.*

6. Lege Patrono interdictum est, *inquit Paulus*, adigere jure jurando, Ne libertus uxorem ducat vel liberta nubat, vel liberos tollat, & quamvis nulla persona hac lege excipiatur, intelligendum tamen est, de his qui liberos tollere possunt, itaque si quis liber-

tum

um castratum adegerit ne matrimonium contrahat, dicendum est Patronum hac lege non puniri. D. 37. 14, 6.

Quod non,

1. *Quod pro ratione sententia legis non sit extendenda.*

1. Rationes eorum quæ constituuntur inquire non oportet, *inquit Neratius*, alioquin multa ex his quæ certa sunt subvertentur. D. 1. 3. 21.

Resp. Quod in lege præcedenti *Julianus* dixit non omnium quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest, & ideo *Neratius* ait rationes eorum quæ constituuntur, inquire non oportet, ne propter defectum rationis apparentis, potestas legis in dubium vocetur, sed ubi legis ratio apparet, ibi sine periculo legis observari potest, & ex ejus sententia ad alios casus extendi potest.

2. Constitutiones, *inquit Ulpianus*, quædam personales sunt, nec ad exemplar trahuntur, nam quod Princeps alicui ob merita indulgit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit personam non egreditur. D. 1. 4, 1. S. 2.

Resp. Quod constitutiones personales, sunt jura singularia, & privilegia, quæ contra tenorem rationis juris communis, propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium introducta sunt. l. 17. D. de leg. & ideo non sunt producenda, ad consequentias, l. 14. D. eod. Sed quæ constituuntur secundum rationem juris communis, in exemplum trahi, & ad consequentias, sive similia produci possunt.

3. Edictum de minoribus, *inquit Ulpianus*, Prætor æquitatem naturalem sequutus proposuit quo tutelam minorum suscepit. Nam cum inter omnes constet fragile, & infirmum esse hujusmodi ætatum consilium, & multis captionibus expositum, his auxilium hoc edicto pollicitus est, sed & alii utpote rustici, & rerum imperiti, quamvis adultæ æta-

32 *Questionum Juris Civilis*

tis expertes confilii sunt, nec minus quam minores deceptionibus obnoxii, nec tamen si decepti fuerint iis datur in integrum restitutio. *D. 4. 4. 1.*

Resp. Quod licet edictum prætoris sit pars Juris communis, edictum tamen de minoribus restituendis, est jus speciale, & quasi exceptio quædam à jure communi, & facit ut rustici, & alii imperiti, quibus hæc exceptio non datur, juri communi relinquantur, donec de iis etiam restituendis aliquid etiam specialiter provisum fuerit.

4. Quod constitutum est, *inquit Africanus*, ut testamentum militiæ tempore factum, etiam intra annum post missionem valeret, quantum ad verba ejus, ad eos duntaxat qui mitti solent, id beneficium pertinere existimatur, secundum quod neque præfectos, neque tribunos, aut cæteros, qui successoribus acceptis militare desinunt hoc privilegium habituros, ut de quo nihil in lege exprimitur, nihil cautum habeatur. *D. 29. 1. 21.*

Resp. Quod privilegium militare, aliud antiquius fuit ut quoquo modo milites testati essent, eorum voluntates ratæ essent, & hoc omnibus militibus commune erat; aliud recens erat, Ut testamentum militiæ tempore factum, intra annum valeret post missionem, & proprium erat eorum qui militia missi sunt, missione scil. honesta post emerita stipendia, vel causaria, quæ ob mutilationem membrorum, vel similem aliquam causam concedebatur, quod præfectis, & tribunis qui dimitti non consueverunt non competebat, quia minus, quam militia missi, de republica meriti videbantur.

5. Lex, de manumissione servi dotalis, prospexit, ut si maritus à manumisso aliquid lucratus esset, id soluto matrimonio restituerit, de Viro, *inquit Ulpianus*,

Ulpianus
focere
est
quibus
lis da
tre,
3. 64
Res
vis a
trimo
qui
aliqu
coge
um,
alios
6.
appe
stitui
liter
stitu
ita
fis a
tur.
R
alios
legi
per
mat
dari
corn
2
non
1
quo
orig
na
run
cess

Ulpianus, hæredeque ejus lex tantum loquitur, de socero successoribusque soceri nihil in lege scriptum est & hoc *Labeo* tanquam omissum annotat. In quibus igitur casibus lex deficit, nec erit actio utilis danda, sed idem à socero, id est, à mariti patre, qui eum in potestate habuit, fieri potuit. D. 24. 3, 64. S. 9.

Resp. Quod de Jure communi maritus, & quisvis alius qui dotem mulieris diminuerat, soluto matrimonio ad restitutionem tenebatur, maritus vero qui servum uxore invita manumisserat, & ex eo aliquid lucratus erat alia speciali lege id restituere cogebatur, Quod remedium cum sit extraordinarium, & aliquo modo poenale, ut ait *Baldus*, contra alios non extenditur.

6. *Justinianus* cum nonnulla circa aliquas causas appellatione ad præfectum prætorio dirigendas constituisset, tandem statuit, Quicquid hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum, omnes intelligant, ita ut non ex aliqua paritate rationis, in aliis causis ad præfectum prætorio appellationes permitterentur. C. 7, 62, 32.

Resp. Quod sententia hujus constitutionis ad alios casus non extenditur. 1. Quia ex mente legislatoris expresse prohibetur. 2. Quia extensio permittitur in legibus primariis, quæ de aliqua materia de novo feruntur, non id legibus secundariis, quibus jus quod prius constitutum erat, corrigitur.

2. *Quod ratione legis cessante ejus sententia non est restringenda.*

1. Edictum de postulando, inquit *Ulpianus*, quo prætor fœminas pro aliis postulare prohibet, originem duxit à *Carfania* improbißima fœmina, quæ inverecunde postulans, & Magistratum inquietans ei causam dedit, quæ causa etsi cesset in modestis, & discretis fœminis, ipsæ

34 *Questionum Juris Civilis*

tamen ad postulandum non admittuntur. *D. 3. 1. 1. S. 5.*

Resp. Quod prohibitionis ne fœminæ postularent duplex erat causâ, altera impulsiva, altera finalis; Impulsiva causâ, five occasio fuit improbitas *Carfæniæ*, finalis vero uti eodem loco tradit *Ulpianus*, erat, ne fœminæ contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, itaque etsi causâ impulsiva in aliis cessat, causâ finalis tamen in omnibus durat.

2. Prætor, *inquit Ulpianus*, ad tempus decem mensium quo vir ab uxore elugeretur, se retulit propter turbationem sanguinis, Ex qua, si uxor intra id tempus alii nuberet, incertum esset partus prioris, an posterioris mariti fuerit; Idem tamen refert, eum qui absentem accepit uxorem, deinde rediens à cœna juxta Tiberim periisset, ab uxore elugendum, responsum esse, quo in casu nullum erat periculum turbationis sanguinis. *D. 3. 2. 11. S. 1. D. 23. 2, 6.*

Resp. Quod aliud erat lugere, aliud elugere, maritus lugebatur sumptis ab uxore, pro quovis tempore vestibibus lugubribus, elugebatur cum per decem menses lugubria usurpabantur: Uxor quæ cum marito concubuerat eum lugere tenebatur, Eam ex qua possibile erat partum nasci, elugere oportebat. *Harmenopulus* vero duplicem mulieribus luctus causam refert, aliam honorem, & reverentiam maritis debitam, alteram metum turbationis sanguinis, five feminis, ita ut quamvis altera causâ cessaret, altera tamen superesset.

3. De decurione damnato, *inquit Paulus*, quæstionem non haberi (id est, torquendum non esse) *Divum Pium* rescripisse, quod constat decurionibus indultum ratione dignitatis, sed in decurione damnato, dignitatem cessare necesse erat. *D. 50. 2, 14.*

Resp.

Resp. Quod *Paulus* ait placuisse non torquendum in memoriam prioris dignitatis, & uti tradit *Bartolus*. Ratio non penitus deficit, dum superessent dignitatis quasi reliquiae.

4. Si voluntate patris, *inquit Ulpianus*, filius merces exerceat, ex ejus contractu pater non tenetur in solidum, sed vocatur in tributum, ut pro modo debiti merces peculiares inter patrem, & creditores quoscunque, distribuantur; si vero is qui navem exercuerit, *inquit idem*, in aliena potestate erit, ejus quod cum Magistro gestum erit, in eum cujus potestate is erit, qui navem exercuerit in solidum judicium datur, ita ut ex sententia unius legis institutoriae scilicet, sententia alterius, nimirum exercitoriae non sit restringenda. D. 14. 1. 1. S. 2. & 19.

Resp. Quod prout in eadem lege declaratur aliud in actione exercitoria, aliud in actione institutoria jus observatur, Quia Navium exercitio ad summam reipublicae utilitatem pertinet, at institutorum, *inquit* Juris consultus, non est idem usus, & proinde major cura adhibenda est à patre, vel domino qui filio vel servo naves exercere permittit quam ab iis qui in mercibus peculiaribus negotiari permittunt.

5. Quæsitum est, *inquit Ulpianus*, si sciente duntaxat patre, vel domino, non etiam volente, cum Magistro contractum sit, utrum quasi in volentem detur actio in solidum an vero exemplo tributoriae, sive institutoriae detur in partem; sed in re dubia, *inquit*, melius est verbis edicti servare, & neque scientiam solam, & nudam in navibus exercendis onerare, neque in peculiaribus mercibus voluntatem, ad solidi obligationem extendere, ubi notat *Accursius*, hoc pro dicto mirabili, quod in dubio standum sit verbis legis. D. 14. 1. 1. S. 20.

36 *Quaestionum Juris Civilis*

Resp. Quod cum in hoc casu edicti sententia sit incerta, tutius est verbis edicti inservire, id est, statuere, non in solidum eos teneri, sed in partem; Quia verbis edicti non scientes tantum, sed & volentes in solidum obligantur, & *Bartolus* ad hanc legem notat, Quod verba unius legis ad aliam sunt restringenda, cum sententia legis certa est, non cum incerta & dubia.

6. Prospexit legislator, *inquit Ulpianus*, ne mancipia intra 60 dies per manumissionem quaestioni (id est, examinationi per torturam) subducantur. Ipsa igitur quæ divertit omnes omnimodo servos suos manumittere prohibetur, Quia ita verba legis faciunt, ut ne eum quidem servum, qui extra ministerium ejus mulieris fuerit, vel in agro, vel in Provincia, possit manu mittere, quod quidem perquam durum est, *inquit*, sed ita lex scripta est, ratio legis est ut servi qui de adulterio Dominae testimonium perhibere possunt non subducantur; Lex vero extenditur, etiam ad eos servos in quibus non est verisimile eos testimonium perhibere posse. *D. 40. 6, 12.*

Resp. 1. Ab aliis quod hoc expresse verbis legis (omnes omnimodo) cautum est, & quod cum expresse quid statutum est à verbis legis non sit recedendum. 2. *Bartolus*, & alii qui eum sequuntur, censent in hoc casti verborum restrictionem non admitti, Quia restrictio est admittenda cum agitur de damno, vel incommodo vitando, hic vero periculum est de lucro, vel commodo non acquirando, scilicet ne servi ad libertatem perveniant. 3. *Alciatus* vero cur ita statutum fuerit rationem reddit, quod servi etsi absentes fuerint, cum uxor diverterit, potuerint tamen aliquid de priori Dominae vita ejusque moribus testari, vel aliquid ex conservis intelligere, quæ indicia, quamvis à rei certa cognitione paulo remotiora sunt, tamen omnino aliena dici non possunt, & cum prohibitio manu-

manumittendi sit solum ad sexaginta dies, quamvis ex ea libertas differatur, in totum tamen non aufertur.

De prima parte hujus quæstionis *Bartholus* sic distinguit, quod extensio legis alia sit activa, qua legis sententia per accommodationem similis rationis ad casus lege non comprehensos transfertur, & passiva qua lex una ad alteram, ob eandem rationem extenditur. In priori genere extensionis, activæ scilicet, observandum ait, an casus in lege non comprehensi alias in jure decisi, & definiti sint, quo casu extensio non est admittenda, sed prioris juris dispositioni sunt relinquendi, ut in *l. 21. D. de Testamento militis*, & in *l. 64. De soluto matrimonio*. An alias in jure decisi & definiti non sint, & tunc si ratio eorum casuum congruat rationi legis, licet sententiam legis ad illos casus extendere, maxime si id quod in lege provisum est, non possit commode aliter effectum sortiri ut in *l. 32. S. 15. D. de receptis qui Arbitrium*. In posteriori genere extensionis, Passivæ scil. quæ fit ex alia lege, licet, inquit, legem ad aliam legem extendere, ut leges cum legibus concordent ut in *l. 32. D. ad legem Aquil.* & *l. unica C. de in officiosis dotibus*. De secunda parte etiam sic distinguit. Quod cum verba legis sunt generalia, Ratio legis aut certa est, aut incerta, si certa sit, aut expressa est in lege, aut tacite ex conditione rerum, de quibus lex agit, colligitur. 1. Si ratio sit in lege expressa tunc in casu de quo dubitatur, aut penitus deficit, & licet à verbis legis credere *l. 5. C. de legibus*, aut non omnino deficit, ut in *l. ult. D. de Decurionibus* & *l. 12. Qui & à quibus manumissi*, & à verbis legis recedere non licet. 2. Si ratio tacite ex conditione rerum colligatur ex ea etiam licet verba generalia legis restringere, *l. 13. D. de re militari*. Si vero ratio legis incerta sit, & dubia propter diversam legis utilitatem, tum verba legis non sunt aliqua interpretatione

38. *Questionum Juris Civilis*

pretatione restringenda ut in l. 1. S. 20. D. de exercitoria actione.

Vid. Bartolum l. ad omnes populi D. de Instit. & Jure quest. 4. & 5. Everardum locorum legalium cap. 79, 80, & 81. Donellum Comment. lib. 1. cap. 13. Frigii partitiones de interpretatione legum, & statutorum fol. 4.

QUÆST. VII.

An lex consuetudine abrogari possit?

Quod sic,

1. **E**A Jura, inquit Justinianus, quæ quæque civitas ipsa sibi constituit mutari solent, non minus tacito consensu populi, quam postea lege lata. l. 1. 2. S. II.

2. Rectissime, inquit Julianus, illud receptum est ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem abrogentur. D. 1. 3. 32. + S1.

3. Obertus de Orto. Legum, inquit, Romanarum non vilis est autoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant, aut mores. F. 2. 1.

4. Si constat, inquit Ulpianus, in agro tuo esse lapidicinas, invito te, nec privato, nec publico nomine quisquam lapidem cedere potest, cui id faciendi jus non est, nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis ex his cedere voluerit, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solarium Domino præstet. D. 8. 4. 13. S. 1.

5. Illud notandum, Pomponius ait, Quod & patris suffragium filio proderit, & filii patri, Quod & in honorum petitione servandum Paulus ait, nisi lex

lex municipii vel consuetudo perpetua prohibeat.
D. 3. 4. 5. & 6.

Quod non,

1. De quibus causis, *inquit Julianus*, scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus, & consuetudine inductum est, & *Paulus* Di-
uturna consuetudo *inquit*, in his quæ non ex scripto descendunt, observari solet, ergo in iis quæ scriptis legibus continentur, consuetudo non est attendenda. D. 1. 3. 32. D. 1. 3. 33.

Resp. Quod consuetudo primario, est de iis de quibus leges scriptæ non existunt, secundo versatur etiam circa ea in quibus leges scriptæ inutiles, vel damnosæ reperiuntur, ut vel vim, & observantiam amiserint, vel aboleri meruerint.

2. Ea, *inquiunt Theodosius & Valentin.* quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed etiam pro infectis sunt habenda; Ergo consuetudo quæ oritur ex factis, quæ contra legem irrita sunt, non introduci, nedum legem abrogare potest. C. 1. 14. 5.

Resp. Quod quæ à singulis, vel privatis personis contra leges fiunt, irrita & pro infectis haberi possunt, sed non ita ea quæ à populo, vel universitate, ex communi consensu fiunt.

3. *Justinianus* non cum quasdam cautiones circa satisfactions judiciares constituisse. Hanc, *inquit*, formam non solum in hac regia urbe, id est, Romæ, sed etiam in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitiam, aliter forte observatur, obtinere sancimus, Ergo quod de usu observatur, Juri scripto derogare non debet. S. 4. 11. S. 7.

Resp. Quod aliud est consuetudo, aliud usus ex imperitia introductus, Nam hic merito ad formam civitatis Romanæ præscriptam revocatur.

4. Consuetudinis, *inquit Constantinus*, Ususque longævi non est vilis authoritas, verum non usque adeo

40 *Questionum Juris Civilis*

adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem. *C. 8. 53. 2.*

Resp. Quod si consuetudo in genere, cum lege in genere comparetur, æqualem vim habent, sed si cum lege generali consuetudo specialis confertur non sunt æquales, ut *Constantini* sententia videatur, Quod consuetudo specialis, in quibusdam locis usurpata, non eam vim habeat, ut contra constitutionem generalem à principe latam valere debeat.

5. *Divus Hadrianus, inquit Ulpianus*, rescripto poenam statuit quadraginta aureorum, in eos, qui in civitate sepeliunt, quid tamen inquit, si mos municipalis permittat in civitate sepelire? Post rescripta principalia, an ab hoc recessum sit videbimus, quia generalia sunt rescripta, & oportet statuta imperialia vim suam obtinere, & in omni loco valere, Ergo post rescriptum principis consuetudo cessare debet. *D. 47. 12. 3. S. 5.*

Resp. Quod verba hujus legis diverso modo leguntur, uno modo ut in editione vulgari. Quid si lex vel mos municipalis permittat sepelire post rescripta principalia, ut mos municipalis videatur legem sequi; alio modo, ut in editione *Florentina*, sic. Post rescripta principalia, an ab hoc discessum sit, ut mos municipalis legem præcedere videatur, & hoc sensu non est dubium, quin lex sequens consuetudinem præcedentem tollat. De priore sensu, quo consuetudo constitutionem sequi videtur, major est dubitatio, quia regulariter consuetudo sequens derogat legi priori, Sed *Ulpianus* respondet, Quod oportet imperialia statuta vim suam obtinere, & in omni loco valere, eadem ratione qua *Constantini* constitutio intelligitur. Quod consuetudo particularis, licet postea introducta, constitutioni principis generali, cedere debeat.

6. *Fredericus Imp. cassa, inquit, & irrita esse, & denunciari per totam Italiam, præcipimus omnia*

nia Sta
clesiæ,
de cat
C. 1. 2.

Resp.
torem
bardic
Ecclesi
ctiones
lum ea
ejusden
hibuisse

7. I
cunque
rupta
um bo
bant,
huic
inquit
tudines
C. 6. 2.

Resp.
fragor
D. de
Quid
lamita
um?
do vic
bata,
Barba
les in

Ide
omnes
ubi v
habea
nihil
fieri
tradat

nia Statuta & consuetudines contra libertatem Ecclesiæ, ejusque personas inducta, sed & si qua talia de cætero attentata fuerint nulla esse decernimus.
C. 1. 2. 12.

Resp. Quod verisimile est *Fredericum* imperatorem compèrisse in Italia, sub regibus *Longobardicis*, qui *Arrianis* favebant, consuetudines Ecclesiæ, ejusque personis, contra Canonicas sanctiones perniciosas, introductas, ideoque non solum eas constitutione sua abrogasse, sed & ne aliæ ejusdem generis, in posterum introducerentur, prohibuisse.

7. *Idem Fredericus Imp.* Navigia, inquit, quocunque locorum pervenerint, si quocunque casu rupta fuerint, tam ipsa navigia, quam navigantium bona illis integra reserventur, ad quos spectabant, sublata penitus omnium consuetudine, quæ huic constitutioni adversatur, ubi *Accursius* hic inquit, tollitur eorum opinio qui dicunt consuetudinem circa naufragorum bona, legi prævalere.
C. 6. 2. 18.

Resp. Quod consuetudo impune deripiendi naufragorum bona, edicto prætoris privatis prohibetur, D. de incendio naufragio l. 1. & *Constantinus*, Quid Juris, inquit, habet Fiscus noster in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa sectetur compendium? C. de naufragiis, l. 1. Quæ tamen consuetudo videtur à *Longobardis* etiam in Italia comprobata, & hac authentica à *Frederico Imp.* tanquam Barbara, & contra leges, & constitutiones imperiales introducta, merito abrogatur.

Idem Fredericus, Sancitum est, inquit, Quod omnes Peregrini, & Advenæ libere hospitentur; ubi voluerint, & de rebus suis ordinandi liberam habeant facultatem, si vero intestati decesserint, nihil ad hospites perveniat, sed bona ipsorum, si fieri potest, per manus Episcopi loci hæredibus tradantur, vel in pias causas erogentur, non ob-

stante

stante Statuto aliquo, aut consuetudine, aut Privilegio, quæ hactenus contrarium inducebant. C. 6. 59. 10.

Resp. Quod hæc etiam authentica constitutio ab eodem imperatore ad morem Barbarum, ab iisdem fortassis *Longobardis* introductum, edita est, à quo tamen more, non multum distat consuetudo Galliarum, vel Jus quod Albinagii, five Alibi natorum dicitur, quo peregrinorum, qui in Gallia moriuntur, bona in fiscum Regis rediguntur.

Bartolus de hac questione sic distinguit. Quod consuetudo contra legem inducta, aut tendit ad diminutionem Juris, vel utilitatis privatæ, aut ad diminutionem Juris, vel utilitatis publicæ; si tendat ad diminutionem Juris, vel utilitatis privatæ, aut lex consuetudinis mentionem facit, & ei expresse derogat, & tunc consuetudo non operatur contra legem, ut *Authent. Navigia C. de furtis*, aut lex consuetudinis non facit mentionem, nec ei expresse derogat & tunc si lex præcedat, & consuetudo sequatur, si consuetudo sit generalis generaliter vincit legem, si sit specialis non generaliter sed specialiter derogat legi. Quod si consuetudo præcedat & lex sequatur, tunc consuetudo tollitur à lege, non tollit legem, si consuetudo tendat ad diminutionem utilitatis publicæ, quæ pendet à lege, consuetudo non potest abrogare legem, ut l. 3. D. de sepulchro violato & *Auth. Cassa. C. de Sacros. Eccles.*

Mihi vero, quantum ad leges ad hanc questionem hinc inde allatas, tria tempora videntur respicienda, primum sub consulibus, secundum sub imperatoribus, tertium postquam *Longobardi* regno Italiae potiti sunt.

1. Sub consulibus, Republica libera; Jus Romanum constabat non minus antiquo Jure Quiritium, quod moribus erat introductum, veluti Manumissio-num, Adoptionum; Mancipationum, Emancipationum, & similibus, quam Jure Scripto, quod legibus,

gibus,
bus, &
cum
tem
rium,
intelli
solita,
stea
lum
omni
perat
rium
provi
berer
induc
mult
ritæ,
trode
tueri
que
ratio
caus
diri
duct
3
con
res
Leg
tas,
can
con
ritu
fic
Ita
fuc
&

gibus, quæ à populo, senatus consultis, quæ à patribus, & plebiscitis, quæ à plebe condebatur, Quæ cum eisdem authores haberent, eandem authoritatem obtinebant, ut Jus posterius Juri priori contrarium, Jus prius mutaret, & abrogaret, de quibus intelligendum quod *Justinianus* tradit, Jura mutari solita, non minus, tacito consensu populi, quam postea lege lata, & quod *Julianus*, ait leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium, per consuetudinem abrogantur. 2. Sub imperatoribus, cum populus in principem omne imperium contulisset, non à populo universo nedum à provincia aliqua, consuetudines, quæ pro Jure haberentur, nisi in quantum imperatores permisissent, induci potuerunt, ita ut sine eorum approbatione, multo magis contra eorum constitutiones, essent irritæ, & imperatores non solum, consuetudines introductas abrogare, sed introducendis derogare potuerint, unde *Constantinus* consuetudinis inquit, ususque longævi non est vilis autoritas, sed non ea ut rationem vincat, aut legem, & *Julianus* in quibus causis inquit, scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet quod moribus & consuetudine introductum est.

3. Postquam *Longobardi* regno Italiæ potiti sunt, consuetudines, quæ cum iis sunt introductæ, potiores legibus Romanis habitæ sunt, unde *Oberinus* Legum Romanarum, inquit, non est vilis autoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usus vincant aut mores, Sicubi, inquit, Casus emerferit, qui consuetudine feudi non est comprehensus, Juris peritus absque calumnia, lege scripta uti poterit, Quæ sic obtinuerunt donec *Carolus magnus*, *Longobardis* Italia expulsi, imperator occidentis factus, Ejusque successores, consuetudines eorum, quæ inhumanae, & barbaræ videbantur, abrogare moliti sunt.

Vid. Bartolum ad L. De quibus nu. 5. D. de Legibus. Pacium, cent. 1. quæst. 14. Hunnium,

44 *Quaestionum Juris Civilis*

nium, lib. 1. *quest.* 27. Bronchurstum, *Gent.* 1. *assert.* 9. Nicolaum Genoaam *conciliat. legum contrar.* p. 431.

Q U A E S T. VIII.

An privilegium personae concessum, cum persona extinguatur?

Quod sic,

1. **I**N omnibus causis, *inquit Paulus*, ubi personae conditio, facit locum beneficio, ibi ea deficiente, beneficium quoque deficit. *D.* 50. 17. 68.
2. Privilegium, *inquit Ulpianus*, pupillus habet (id est, ut quod à tutoribus ipsi debetur, id integrum praestetur) sed successores ejus, non habent, non enim causae, *inquit Papinianus*, sed personae succurritur quae favorem praecipuum meruit. *D.* 42. 5. 19. *D.* 26. 7. 42.
3. Cum Patronus, *inquit Marcellus*, ex debita parte (id est, tertia parte bonorum liberti) institutus, fidei commissum ab eo relictum praestare non cogatur, si omiserit hæreditatem, qui eam partem vindicant, fidei commissum praestare debent, quoniam quod illius personae praestandum erat, hoc ad alios nequaquam pertinere debet. *D.* 31. 1. 28.
4. Maritum, *inquit Ulpianus*, in id quod facere potest condemnari exploratum est, sed hoc hæredi ejus non est praestandum; quia tale beneficium, *inquit Paulus*, personale est, & cum persona extinguatur. *D.* 24. 3. 12. *D.* 24. 3. 13.
5. Si Legatus, *inquit Paulus*, tempore legationis hæreditatem adierit, & restituerit datur in fidei

fidei c
ani ob
neciu
Jure
D. 5.

Qu
1. C
ejus j
est suc
D. 50
Re
nus in
qui in
dere
funct
jure

2.
hærec
Re
privil
de E
perso
ritus
nent
hære
cohæ
Doli
quæ
prou
S. 1

3.
mul
conf
C. 4
R
lieri
eas

fidei commissarium actio, nec exceptio *S. Trebelliani* obstat, ex persona legati, quia hoc legati beneficium personale est, eodem spectat. *l. 1. D. de Jure immunitatis l. 13. C. de excusat. munerum. D. 5. 1. 28. S. 1.*

Quod non,

1. Qui in alterius locum succedit, inquit *Paulus*, ejus jure uti debet, & hæreditas, inquit *Julianus*, est successio in universum jus, quod defunctus habuit. *D. 50. 17. 177. D. 50. 17. 62.*

Resp. Quod qui in alterius locum succedit, quatenus in jus succedit, ejus jure uti debet, & hæredes, qui in universum jus succedunt, intelliguntur succedere in universum jus, quod de jure communi defuncto competeat, non in id, privilegium scil. quod jure singulari obtinebat.

2. Privilegia, inquit *Celsus*, quæ causæ sunt ad hæredem transmittuntur. *D. 50. 17. 196.*

Resp. Quod in eadem lege, privilegia causæ à privilegiis personæ distinguuntur quemadmodum *D. de Exceptis, l. 17.* Exceptiones aliæ, inquit *Paulus*, personæ cohærent, ut quod Parens, Patronus, Maritus in id quod facere possunt, duntaxat condemnentur, quæ ad alios non transeunt, ita ut neque hæredibus, neque fide jussoribus profint, aliæ rei cohærent, ut exceptiones. Quod metus causâ factum, Doli mali, Jurisjurandi, intercessionis, rei judicatæ, quæ etiam hæredibus, & fide jussoribus competunt prout in *l. 1. S. 4. D. de Aqua. quotid. & l. 3. S. 1. & l. 14. S. 3. D. de Censibus.*

3. *Diocletianus*, & *Maxim.* Hæredes quoque mulieris, inquit, Exceptione, quæ ex senatus consulto introducta est, uti posse non est dubium *C. 4. 29. 20.*

Resp. Quod exceptio, sive privilegium quod mulieribus ex senatus consulto dabatur, erat, Ne in eas si pro aliis intercederent, id est, eorum debita
in

in se reciperent, actio detur, & hæc exceptio intercessionis scil. inter eas recensetur, quæ rei, vel causæ cohærent, & cum faciat, ne debitum in persona mulieris consistat, merito facit, ut ex eo hæredes non conveniantur.

4. Hæredibus pupillorum, inquit *Callistratus*, adversus Tutores Electio, in quo potissimum consistere velint, competit, quæ ipsis, quorum tutela administrata est, competeat. *D. 26. 7. 33. S. 2.*

Resp. Quod beneficium pupillorum, quemvis Tutorum conveniendi in solidum, non erat privilegium, sed de jure communi competeat, ex quo singuli Tutores in solidum tenebantur.

5. Non solum minoribus, inquit *Ulpianus*, verum etiam successoribus quoque minorum, datur restitutio in integrum, & si ipsi majores sint, *D. de restitut. in integ. l. 6. similiter. D. 4. 4. 18. S.*

Resp. Quod etsi minores sint genus personarum, ab aliis personis communiter distinctum, restitutio tamen in integrum, quæ iis specialiter succurritur est magis beneficium causæ, quam personæ, quia cum cognitione conceditur, in qua quæritur, an quis simpliciter in re ipsa, an Dolo alterius deceptus sit, & in priore casu, Ipsi soli, non ejus hæredi, in posteriori casu etiam hæredi, restitutionis auxilium datur, proinde idem *Ulpianus*, *D. de restitutione in integrum; l. 16.* ait, quod restitui possunt, non ait debent, id est, si causâ cognita, dolum intervenisse appareat, restitui possunt.

6. *Pomponius ait*, etiam filios mulieris, qui patri hærides extiterunt, in id quod facere possunt, non in solidum, condemnandos. *D. 24. 3. 18.*

Resp. Quod filius mulieris, mariti hæres, si à matre sua, (non à noverca) dotis nomine conveniatur, non modo quia hæres est, sed quia filius est, una eademque persona, cum patre defuncto existimatur, ideo visum est, non in plusquam quod facere possit, condemnandum.

7. Impensæ funeris, inquit *Marcianus*, semper in hæreditate deducuntur, quæ etiam omne creditum præcedere debent, cum bono solvendo non sunt, & hæc actio, inquit *Ulpianus*, hæredi, cæterisque successoribus datur. *D. 11. 7. 45. & 31. 2.*

Resp. Quod hæredes, cæterique successores, non minus hoc privilegium habent, quam is qui funeravit, quia genus actionis hoc desiderat, cum causæ, non personæ sit privilegium.

8. Sciendum est, inquit *Ulpianus*, discrimina esse poenarum, neque omnes eadem poena affici, nam decuriones, neque in metallum, neque in opus metalli damnari possunt, & parentes quoque, & liberi decurionum in eadem causa sunt. *D. 48. 19. 9. //*

Resp. Quod hujusmodi privilegia non solum decurionibus, sed, & parentibus, & liberis eorum, ipso Jure conceduntur, & quamvis occasione decurionatus, ex personis tamen suis, habent.

De hac quæstione *Bartolus*, & *Dynus* sic distinguunt Quod privilegium, personæ, aut certo generi personarum, aut civitati, aut rebus & causæ conceditur.

1. Si personæ concessum sit privilegium, eaque sit proxima, & immediata causa concessionis, cum persona extinguitur, ut *l. 13. D. soluto matrimonio*, & *l. 24. D. de re Judicata*, Si vero persona sit tantum causa remota, ut minor respectu deceptionis, non extinguitur cum persona, *l. 18. D. de minoribus*.

2. Si certo generi personarum concessum sit privilegium, hoc expresso, vel intellecto, quod ad posteros transeat, transit ad successores, *l. 1. S. ult. D. de Jure immunitatis*.

3. Si civitati sit concessum, ad omnes successive habitantes transmittitur, quia est eadem civitas, quamvis personæ mutantur. *D. de Censibus, l. 3.*

4. Si

48 *Questionum Juris Civilis*

4. Si rebus concessum sit privilegium, transit ad successores, sive succedant titulo universali, sive particulari *D. de Aqua quotidiana, l. 1. S. permittitur.*

5. Si causæ sit concessum ut depositi, & similia, transit etiam ad successores *D. de reg. Juris l. 196.*

Vid. Bartolum ad l. quod Principi, D. de Constitutionibus principum, Dinum ad cap. privilegium extr. De de reg. Juris in 6. Petrum Fabrum, & alios ad l. 196. D. de reg. Juris.

QUÆST. IX.

An quod in favorem alicujus introductum est, in ejus præjudicium cedere debeat?

Quod non,

1. **N**ulla Juris ratio, aut æquitatis benignitas, inquit *Modestinus*, patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriori interpretatione, ad severitatem producamus. *D. 1. 3. 25.*

2. *Theodosius & Valentin. Imp.* Quod favore, inquit, quorundam constitutum est, quibusdam calibus, ad eorum læsionem inventum videri volumus. *C. 1. 14. 6.*

3. Prospectum est, inquit *Ulpianus*, si cui imuberi controversia fiat, an sit inter liberos? ut in tempus pubertatis judicium differatur, Hoc vero prætori diligentissime examinandum, an expediat pupillo, cognitionem differri, Stulti enim, aut iniqui prætoris erit, rem in tempus pubertatis differre, cum ejus incommodo cui consultum velit,

lit, & ita *Divus Hadrianus* rescripsit quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa sit, ne de statu periclitentur, antequam se queri possunt, cæterum si idoneos habeant, à quibus defendantur, & etiam expeditam causam, ut ipsorum interfit, mature de ea judicari, non debet adversus pupillos observari, quod pro ipsis excogitatum est, & pendere status eorum, cum jam possit indubitatus esse. *D. 37. 10. 1. D. 37. 10. 3. S. 5.*

4. *Gordianus Imp.* Si contra eum, *inquit*, qui pupillaris est ætatis sine tutoris autoritate cum adversario consistentem, Præses provinciæ pronunciarit, autoritate judicati minime nititur, quod statutum est; Idem tamen ad eum, contra quem pro minore sententia lata est, sic rescripsit, Non eo minus sententia adversus te lata, Juris ratione subsistit, quod adversaria tua, minor viginti quinque annis constituta, causam suam marito, sine curatore, agendam mandavit, minoribus enim ætas in damnis subvenire, non in rebus prosperis obesse solet. *C. de Procuratoribus, l. 14. similiter. C. 3. 6. 1. C. 2. 13. 14.*

5. Cum venditor fundi, *inquit Pomponius*, ita taverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipiendum est, si venditor inemptum esse velit, quia id venditoris causa carebatur, Nam si aliter acciperetur, in potestate emptoris futurum esset, ut exusta villa, non dando pecuniam, fundum inemptum faceret, qui ejus periculo fuisset, *ad C. 4. 21. 13. C. 5. 9. 5. in fine. D. 18. 3. 2.*

Quod sic,

1. Ait Prætor, Si quis apud eum qui magistratum, potestatemve habebit, aliquid novi juris obtinuerit, quandoque postea, Adversario suo postulante, eodem jure adversus eum decerneretur,

D

hoc

50 *Questionum Juris Civilis*

hoc edictum, *inquit Ulpianus*, summam æquitatem habet & sine justa cujusquam indignatione, Quis enim aspernabitur, idem jus sibi dici, quod ipse alius dixit, vel dici effecit? *D. 2. 2. 1.*

Resp. Quod in hoc edicto Jus novum, Jus iniquum intelligitur, quod non solum in gratiam unius, sed in præjudicium, & injuriam alterius inducitur. Et proinde merito ad ejus incommodum vertitur, qui ex eo commodum percepit, Favor vero legitimus, ut nec alteri præjudicium affert, ita nec ipsi cui conceditur, præjudicio esse debet.

2. Quamvis pupillus, *inquit Justinianus*, sine tutore conditionem suam meliorem facere possit, tamen neque hæreditatem adire, neque bonorum possessionem, quamvis lucrosa sit, sine auctoritate tutoris, pupilli petere possunt; unde potestas tutoris ad utilitatem pupilli introducta, ad ejus incommodum cedere potest. *I. 21. S. 1.*

Resp. Quod non in incommodum pupilli cedit, Quod hæreditatem, quamvis lucrosam, sine tutoris auctoritate adire non potest, quia oneribus, & obligationibus hæreditariis est obnoxia, & ad pupilli commodum spectare videbatur, non sine tutoris auctoritate, se temere obligare possit.

3. Quamvis libertus, *inquit Tryphoninus*, qui Senatori patrono procurat, ab aliorum tutela excusationem habeat; Is tamen qui jus aureorum annulorum impetravit, quo in ordinem ingenuorum transit, tali excusatione uti non potest. *D. 27. 1. 44. in fine.*

Resp. Quod privilegium quo Libertus negotia Patroni Senatoris gerens, ab aliorum tutela excusatur, non datur in favorem Liberti, sed Patroni, quo melius ejus negotia à Liberto gereretur, & proinde, si Patronus patiatur Libertum

ad ingenuitatem pervenire, ipse magis, quam Liber-
tus incommodum patitur.

4. Si vina, *inquit Pomponius*, emerim exceptis aci-
dis, & mucidis, & mihi postea expediat acida, &
mucida accipere, *Proculus ait*, quamvis id emptoris
causa exceptum sit, tamen acida, & mucida non
vænisse, nam quæ invitus emptor accipere non co-
gitur, iniquum est eum non permitti alii ea vende-
re. D. 18. 6. 6.

Resp. Quod quæstio intelligitur, quando id quod
in favorem introductum est, dubium esse videtur,
sed pactum hoc quo vina emens, acida, & mucida
exceptit, omni dubitatione caret, quia liquido con-
stat, in emptione & venditione comprehensa non
fuisse, cum specialiter sint excepta, & proinde nullo
modo debita.

5. *Honorius & Theodos. Impp.* die Sabbati, *inqui-*
unt, quo Judæi cultus sui reverentiam faciunt, ne-
minem eos ex ulla parte convenire præcipimus, ita
tamen ut nec illis detur licentia eodem die Christi-
anos Orthodoxos convenire, unde quod in eorum
favorem concessum est, in eorum etiam præjudicium
cedit. C. 1. 9. 13.

Resp. Quod Judæi non possunt Christianos die
Sabbati convenire, non contingit ex eo privilegio,
quo concessum est, ne ipsi conveniantur eodem
die, sed Statutum est à lege, cujus duæ partes
sunt, quarum una pro Judæis ne conveniantur,
altera contra eos ne conveniant Christianos die
Sabbati, quæ partes separatæ sunt, & quasi duæ
diversæ leges.

6. Placuit, *inquit Gordianus Imp.* domestica ser-
vorum, seu libertorum interrogatione, in causis ad
Dominos, vel patronos pertinentibus, abstinend-
um esse, ita ut neque adversus eos, neque
pro iis in capitalibus, vel pecuniariis quæstionibus,
quod in confessionem ab iis deductum fuerit ve-
ritatis vim obtinere possit, unde idem in favo-

52 *Questionum Juris Civilis*

rem, & præjudicium eorum constitutum videtur
C. 4. 41. 6.

Resp. Quod servus nec pro Domino, nec adversus
Dominum, præterquam de facto proprio interrogari
potest, (exceptis adulterii, fraudati census, & læsæ
majestatis criminibus) quia testes indifferentes esse
debent, servi vero respectu dominorum tales esse
non censentur, C. de questionibus, l. 1. 11.

7. Cum quidam, inquit *Anastasius Imp.* per leges,
sacratasque constitutiones, ea privilegia præstet
dant, tam super sportulis usque ad certam quantita-
tem præbendis, tam super litium expensis minuendis,
decernimus, ut quicumque hujusmodi privilegio
munitus est, sciat, & siquos ipse sibi obnoxios præ-
quacunque criminali, sive civili causa in accusationem
deduxerit, eos nihilominus iisdem privilegiis potiri
ros. C. 7. 51. 6.

Resp. Quod *Anastasius Imperator*, Hac constitutione
privilegia quamvis iniqua, ab aliis concessa
non abrogat, sed ex ratione edicti prætoris, Quo-
quisque juris, sic moderanda censuit, ut quod con-
tra alios obtinebant, erga alios ipsi præstarent
quoniam, inquit, non est ferendum, eos qui præ-
stas prærogativas prætendunt, aliquid plus ab adver-
sariis quærere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati fa-
cere patientur.

De hac questione sic statui posse videtur. 1. Quod
aliud sit jus novum, aliud favor legitimus, jus no-
vum, iniquum intelligitur, quod contra jus commune
in gratiam alicujus, & præjudicium alterius indu-
getur, & ei qui statuit, vel impetravit, in præ-
judicium verti potest. Favor legitimus est qui præ-
ter jus commune, in alicujus gratiam, in nullius
præjudicium conceditur, & regulariter ei cui con-
cessus est præjudicio esse non debet. 2. Quod fa-
vor legitimus, vel à lege, vel à principe, vel à
privata conventionem inducitur. 1. A lege, vel jure
communi utpote ne pupillis ante pubertatem quæstio
statuatur.

status moveatur, nec sine tutoris autoritate obligentur, & ut iudicium minores non astringat, nisi tutorum, vel curatorum autoritas intervenerit, & huiusmodi favores, sive privilegia, iis quibus conceduntur prodesse possunt, obesse non debent. 2. Favor vel privilegium à principe concessum, procedit vel solum, & per se, vel aliquid ei adjunctum habet, si per se solum procedat, vel conceditur intuitu ejus, in quem confertur, & ipsi obesse non debet, vel intuitu alterius & obesse potest, ut ingenuitas liberto concessa, Si favor concessus aliquid onerosum ei adjunctum habeat, utrumque simul est observandum, ut Judæis ne die sabbati conveniantur, nec alios conveniant eodem die, ne servi & liberti contra dominos, vel pro domino in quæstionem trahantur, & 3. Favor ex conventionione privata inductus, utpote, ut pretio non soluto, res sit inempta, secundum legem commissoriam, obesse non debet, si secundum nullam legem, sit inductus, ut vina acida, & mucida in emptione excepta, Emptori petenti exceptio nocere potest.

Vid. Glossam & DD. Juris Civilis ad l. 6. C. de legibus. Dynum, & alios ad cap. 6. de reg. Jur. in 6. Pacium, cent. 1. quæst. 13.

QUÆST. X.

An cuilibet liceat juri suo renunciare?

Quod sic,

1. **I**N omnibus, inquit *Ulpianus*, ad prætoris edictum pertinentibus, quæ non ad publicam læsionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet. *D. 2. 14. 7. S. 7.*

D 3

2. Ait

2. Ait Prætor, *inquit idem Ulpianus*, Pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges facta erunt, servabo, quia licet unicuique sibi de rebus suis legem dicere. *D. 2. 14. 7. S. 14.*

3. Velleiano Senatus-consulto, *inquit Paulus*, plenissime comprehensum est, ne pro ullo foemina intercederent, si vero mulier, *inquit Pomponius*, pro eo, pro quo intercesserit judicium accipere parata sit, quoniam Senatus-consulti exceptionem opponere potest, cavere debet, se exceptione non usurum, & sic ad judicium ire. *D. 16. 1. 1. D. 16. 1. 32. S. 4.*

4. Si Judex *inquit Julianus*, adolescenti in venditione circumvento, jussit fundum restitui, eumque pretium emptori reddere, & hic pœnitentia acta, nolit uti in integrum restitutione adversus emptorem petentem pretium, quasi ex re judicata, adolescens exceptionem utilem habere potest, quia licet unicuique contemnere ea, quæ pro se sunt introducta. *D. 4. 4. 41.*

5. Pactum, *inquit Tryphoninus*, inter hæredem, & legatarium factum, ne ab eo satis accipiat, validum esse constat, nec à legatario remissa hæredi satisfactio ex pœnitentia revocari debet, cum liceat sui juris persequutionem, aut spem futuræ perceptionis, deteriorem facere. *D. 2. 14. 46.*

6. Siquis, *inquit Justinianus*, in conscribendo instrumento confessus fuerit, se non usurum fore præscriptione, propter cingulum militiæ suæ, vel dignitatis, vel sacerdotii prærogativam, sancimus non licere adversus pacta sua venire, & contrahentes decipere; si enim ex ipso prætoris edicto, Pacta conventa, quæque neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omni modo observanda sunt, quare & in hac causa, pacta non valere debeant? cum sit etiam regula juris antiqui, Omnes
licentiam

licentiam habere, iis quæ pro se introducta sunt, renunciare. C. 1. 3. § 1. l. 2. 3. 29.

Quod non,

1. Jus publicum, inquit *Papinianus*, privatorum pactis mutari non potest. D. 2. 14. 38.

Resp. Quod jus, cujus objectum est utilitas publica, quæ rei familiari opponitur, privatorum pactis mutari non potest; nec quod publica autoritas præcipit, aut prohibet, nisi in privatorum favorem tendat, cui renunciare possunt.

2. Si paciscar, inquit *Ulpianus*, ne operis novi nunciationem exequar, quidam putant, non valere pactionem, quasi in ea re prætoris imperium versetur. D. 2. 14. 7. S. 9.

Resp. Quod *Labeo*, in eadem lege recte distinguit, ut si occasione reipublicæ interdictum impetratum sit, pacisci non liceat, si vero occasione rei familiaris, vel privatæ, nequis novi operis nunciationem exequatur, pacisci licet.

3. *Modestinus ait*, Jus Agnationis pacto repudiari non posse, non magis, quam ut quis dicat, se nolle filium suum esse. D. 2. 14. 34.

Resp. Quod jus Agnationis, id est, ipsa Agnatio pacto repudiari non potest, quia à jure naturali descendit, quod nullo jure Civili, nedum privato arbitrio, tolli potest; beneficium vero, sive commodum, quod Agnationi competit, repudiari potest, sicut licet filiationi tolli non potest, commoda quæ filiationi competunt, ab ea divelli possunt.

4. *Atilicino* quærenti, cum inter virum & uxorem ante nuptias pactum conventum sit, ut quibus diebus dos data esset, iisdem divortio facto redderetur, & uxor post quinquennium quam nuptiæ factæ sunt, viro dotem dedit, divortio facto, utrum quinquennii die, vir uxori dotem redderet, an statuto tempore, *Proculus respondit* pacto mulieris

56 *Questionum Juris Civilis*

lieris ejus conditionem meliorem fieri posse, deterio-
rem non posse, itaque si cautum est, ut priori tem-
pore, quam legibus statutum est, eidem stari debe-
re, sed ut longiori, pactum conventum non valere.
D. 23. 4. 17.

Resp. Quod hoc speciale est favore dotium,
Quia reipub. interest, ut dotes citius reddan-
tur, ut mulieres citius ad alias nuptias transire
possent.

5. Eleganter, *inquit Ulpianus*, *Pomponius* quæ-
rit, si *Maritus* paciscatur, ne in id quod facere
possit, condemnerur, sed in solidum, an hoc pac-
tum servandum sit, & negat servari oportere,
quod quidem, *inquit*, mihi videtur verum. *D. 24.*
3. 14.

Resp. Quod *Ulpianus*, in eadem lege rationem
reddit, quod contra bonos mores id pactum sit,
cum contra reverentiam, quæ ab uxoribus maritis
exhibenda sit, factum esse appareat.

6. Cum præcario, *inquit Celsus*, aliquid datur,
si convenit, ut in Calendas Junias, quis possideat.
Quæritur an exceptione adjuvandus sit, ne ei pos-
sessio antea auferatur, sed nulla est, *inquit*, vi-
jus conventionis, ut rem alienam domino invito
possidere liceat. *D. 43. 26. 12.*

Resp. Quod qui rem habet precario, pacisci
non potest, ut eam ad certum tempus possideat,
quia contraria sunt habere precario, & ad cer-
tum tempus possidere; Siquis autem rem quam
habet precario, ad certum tempus ex mutuo ac-
ciperet, valeret quod actum est, ex novo scil.
contractu, etsi cum contractu veteri consistere non
possit.

7. Siquis, *inquit Justinianus*, à patre certas res
accepisset, & pactus esset, quatenus de inofficioso
testamento, querela adversus ejus testamentum, ab
eo minime moveretur, & post obitum patris,
judicium ejus non agnoverit, sed oppugnandum
putaverit,

putaverit, sancimus hujusmodi pacto filium minime gravari, secundum *Papiniani* responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus astringendos. *C. 3. 28. 35.*

Resp. Quod hac constitutione, non simpliciter prohibetur, ne filius paciscatur, de inofficiosi querela, sed ita ut in aliquibus casibus, hujusmodi pactum valeat, utpote ibidem *Justinianus*, hoc admittimus inquit; nisi filius, ad paternos hæredes transactiones celebraverit, in quibus apertissime paternum iudicium agnoverit, & nisi specialiter pactus fuerit, quod data, vel relicta parte contentus, de eo quod deest, nullam quæstionem habeat, tunc enim omni exclusâ querela, paternum iudicium amplecti compellitur.

8. Quos prætor, inquit *Gaius*, prohibet apud se postulare, omnino prohibet, etiam si adversarius eos postulare patiat. *D. 3. 1. 7.*

Resp. Quod aliqui postulare prohibentur non tam intuitu, & favore litigantium, quam respectu decoræ ordinationis litium in iudicio, & proinde tales, nec ex consensu partium sunt admittendi.

9. Si convenerit, inquit *Africanus*, ut alius prætor, præterquam is, cujus jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adierit, mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compellitur ejusmodi conventioni stare: Quod contrarium videtur. *l. 51. C. de Episcopis. D. 2. 1. 18.*

Resp. Quod qui inter contrahendum, juri suo, quoad jurisdictionem renunciat, (prout casus est in *l. 51. C. de Episcopis*,) ad id observandum tenetur, quia ejusmodi pactum, contractui adjectum, actionem parit. Qui vero post contractum, ex intervallo idem promittit, (ut in *l. 18. D. de Jurisdic.*) nudum pactum facit, à quo ei recedere licet.

10. *Innocentius tertius*, *Pisano Archiepiscopo* rescripsit, asseruisti te usque ad hæc tempora tenuisse, quod licitum sit Clerico renunciare, saltem in temporalibus causis, juri suo, & sibi laicum judicem constituere, ac tenere juramentum super hoc interpositum, respondisti, Immemor constitutionis, qua cavetur, pacto privatorum, juri publico minime derogari, &c. *Extr. 2. 2. 12.*

Resp. Quod eodem capite *Innocentius* refert, in *Milevitano*, & *Carthageniensi* consiliis specialiter promulgatum fuisse, Ne Clerici Clericos, relicto suo Pontifice, ad judicia publica pertrahant, & postea addit, Quod manifeste patet, quod Clerici non solum inviti, sed etiam voluntarii pacifici non possunt, ut secularia judicia subeant, cum non sit hoc beneficium personale, cui renunciari valeat, sed potius toti Collegio Ecclesiastico, publice sit indultum, cui privatorum pacto derogari non potest.

De hac questione, *Bartolus* sic distinguit, quod jus cui quis renunciare velit, vel naturale est vel positivum, & hoc vel publicum vel privatum, & censet. 1. Si jus sit naturale, quod ei renunciari non potest. *l. 34. D. de pactis, & l. 8. D. de Reg. Juris.* 2. Si jus sit publicum, aut utilitatem publicam respiciat, etiam privatorum pactis mutari non potest, *D. de pactis l. 38.* aut autoritate publica statuit, formam civilibus negotiis, ut testamentis, & stipulationibus, & eidem renunciari non potest, *l. 28. D. de pactis, & l. 55. D. de legat.* 3. Si sit jus privatum, aut respicit utilitatem solius renunciantis, aut eidem jus publicum, aut jus tertii est annexum. 1. Si respiciat utilitatem solius renunciantis, eidem renunciari potest, Si renunciatio honestati congruat, *C. de Episcopis, l. 51.* eidem renunciari non potest. 1. Si renunciatio sit contra bonos mores. *l. 14. D. solut. matrim.* 2. Si aliquid absurdi, vel contra naturam contractus habeat,

l. 12. D. de precario. 2. Si juri privato jus publicum, vel alicujus tertii sit annexum, & tunc hoc jus annexum vel separari potest, & valet renunciatio quantum ad utilitatem privatam. l. 17. S. 14. D. de pactis, l. 10. D. de bonorum posses. contra tabulas, vel separari non potest, & eidem renunciare non licet, l. 7. D. de postulando & l. 1. 2. 3. D. de liberali causa.

Vid. Bartolum & DD. ad l. 29. C. de pactis, nu. 3. Bronchurst. cent. 1. assert. 41.

QUÆST.

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS CLASSIS SECUNDA.

QUÆST. I.

*An Actus ex intentione agentis
æstimandus sit?*

Quod sic,

1. **I**N totum, *inquit Papinianus*, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera, & certa, scientia perfici possunt. *D. 50. 17. 76.*

2. Cum quod factum est, *inquit Paulus*, in obscuro est, ex affectione cujusque interpretationem capit. *D. 50. 17. 168.*

3. Concubinam, *inquit idem*, ex sola animi destinatione, æstimari oportet. *D. 28. 3. 4.*

4. In omnibus rebus, *inquit Javolenus*, quæ Dominium transferunt, concurrat oportet affectus utriusque partis, Nam siue donatio, siue venditio, siue quælibet alia causa contrahendi fuerit, nisi animus utriusque consentiat, id quod inchoatum est, ad effectum perducere non potest. *D. 44. 7. 55.*

5. Non omnis numeratio, *inquit Julianus*, eum obligat, qui accepit, sed quoties id agitur, ut confectum obligetur. *D. 12. 1. 19.*

6. Ver-

6. Verborum obligatio constat, *inquit Paulus*, si inter contrahentes, id agatur, Nec enim si per jocum, puta, vel demonstrandi intellectus causa, Ego tibi dixero, spondes? & tu responderis, spondeo, nascetur obligatio. *D. 47. 2. 35.*

7. Si miles, *inquit Divus Trajanus*, convocaris ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse hæredem, potest videri, ita testatus esse, & voluntas ejus rata habenda est, cæterum (si ut plerumque sermonibus fieri solet,) dixit alicui, Ego te hæredem facio, aut tibi bona mea relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. *D. 29. 1. 24.*

8. Si quis, *inquit Pomponius*, non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi, tabulas delevit, furti non tenebitur, Cum facto enim, etiam animus furis furtum exigit. *D. 9. 2. 41.*

Eodem tradunt. l. 35. D. de furtis. l. 1. S. 3.

D. ad l. Cornel. de Sicariis. l. 14. D. eod.

Quod non,

1. *Trebatius, inquit Pomponius*, ait; Si liber homo bona fide serviens, ejus jussu, cui servit, hæreditatem adiit, ipsum hæredem fieri, (non dominum) nec interesse, quid senserit, (id est, quo animo fecerit,) sed quid fecerit. *D. 41. 1. 19.*

Resp. Quod hæc fuit *Trebatii* opinio, sed *Labeo* in eadem lege aliter statuit, interesse scilicet, quo animo adierit, an post jussu domini sponte adierit hæreditatem, quo casu sibi acquirit hæreditatem, an à domino coactus hoc fecerit, quo casu, non sibi, sed domino acquirit, scil. ex cujus voluntate adiit.

2. Quod quis, *inquit Pomponius*, sciens in debitum dedit, hac mente, ut repeteret, repetere non potest. *D. 12. 6. 50.*

Resp.

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS CLASSIS SECUNDA.

QUÆST. I.

*An Actus ex intentione agentis
æstimandus sit?*

Quod sic,

1. **I**N totum, *inquit Papinianus*, quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera, & certa, scientia perfici possunt. *D. 50. 17. 76.*

2. Cum quod factum est, *inquit Paulus*, in obscuro est, ex affectione cujusque interpretationem capit. *D. 50. 17. 168.*

3. Concubinam, *inquit idem*, ex sola animi destinatione, æstimari oportet. *D. 28. 3. 4.*

4. In omnibus rebus, *inquit Favolenus*, quæ Dominium transferunt, concurrat oportet affectus utriusque partis, Nam siue donatio, siue venditio, siue quælibet alia causa contrahendi fuerit, nisi animus utriusque consentiat, id quod inchoatum est, ad effectum perducere non potest. *D. 44. 7. 55.*

5. Non omnis numeratio, *inquit Julianus*, eum obligat, qui accepit, sed quoties id agitur, ut contestum obligetur. *D. 12. 1. 19.*

6. Ver-

6. Verborum obligatio constat, *inquit Paulus*, si inter contrahentes, id agatur, Nec enim si per jocum, puta, vel demonstrandi intellectus causa, Ego tibi dixero, spondes? & tu responderis, spondeo, nascetur obligatio. *D. 47. 2. 35.*

7. Si miles, *inquit Divus Trajanus*, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita loquutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse hæredem, potest videri, ita testatus esse, & voluntas ejus rata habenda est, cæterum (si ut plerumque sermonibus fieri solet,) dixit alicui, Ego te hæredem facio, aut tibi bona mea relinquo, non oportet hoc pro testamento observari. *D. 29. 1. 24.*

8. Si quis, *inquit Pomponius*, non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi, tabulas delevit, furti non tenebitur, Cum facto enim, etiam animus furis furtum exigit. *D. 9. 2. 41.*

Eodem tradunt. l. 35. D. de furtis. l. 1. S. 3.

D. ad l. Cornel. de Sicariis. l. 14. D. eod.

Quod non,

1. *Trebatius, inquit Pomponius*, ait; Si liber homo bona fide serviens, ejus jussu, cui servit, hæreditatem adiit, ipsum hæredem fieri, (non dominum) nec interesse, quid senserit, (id est, quo animo fecerit,) sed quid fecerit. *D. 41. 1. 19.*

Resp. Quod hæc fuit *Trebatii* opinio, sed *Labeo* in eadem lege aliter statuit, interesse scilicet, quo animo adierit, an post jussum domini sponte adierit hæreditatem, quo casu sibi acquirit hæreditatem, an à domino coactus hoc fecerit, quo casu, non sibi, sed domino acquirit, scil. ex cujus voluntate adiit.

2. Quod quis, *inquit Pomponius*, sciens in debitum dedit, hac mente, ut repeteret, repetere non potest. *D. 12. 6, 50.*

Resp.

62 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod hoc verum est, quia condictio indebiti, est actio, quæ ei duntaxat conceditur, qui per errorem id quod indebitum erat solvit, & ignorantia juris nemini prodest.

3. Si libero homini, *inquit idem*, qui bona fide mihi serviebat, quasi servo commodavero, videamus, An habeam commodati actionem? Et non obstat, quod non hac mente, cum eo contraheremus, quasi eum obligatum habituri, Plerumque enim accidit, ut extra id quod agitur, obligatio tacita nascatur, veluti cum quid per errorem indebitum solvendi causa datur; Cum, *ut ait Justinianus*, Is qui solvendi animo dat, magis voluerit, negotium distrahere, quam contrahere. *D. 13. 6, 13. S. 2.*

Resp. Quod qui ei, quem servum suum esse credebat, aliquid commodavit, non eum obligandi animum habuisse intelligitur, quia inter Dominum & servum civilis obligatio intercedere non potest; At cum appareat eum, qui commodatum accepit, liberum hominem fuisse, constat eum, & naturaliter, & civiliter seipsum obligasse, quemadmodum cum quis indebitum solvit, & si alterum obligandi animum non habet, is qui indebitum recepit, ipso jure exigente, ad restituendum obligatur.

4. *Dioclet. & Maxim. Impp.* Si majores 25 annis, *inquiunt*, cum Patruo vestro, sine aliqua conditione transigistis, non idcirco, quod hoc, hæreditatis ejus captanda causa, & spe futuræ successionis, vos fecisse proponatis, alijs ei succedentibus, lis finita restaurari debet. *C. 2. 4, 25.*

Si quid donabas, *inquiunt iidem Impp.* uxori ejus, quem ad proficiscendum tecum, hujusmodi liberalitate provocare proposueras, & nullam repetendi conditionem addidisti remanet integra donatio. Cum levitati, perfectam donationem revocare cupientium, jure occurratur. *C. 4. 6, 7.*

Resp.

Resp. Quod in his Casibus transactio, & donatio palam, simpliciter & absolute celebrata sunt, nec conditiones in mente retentæ, quoad eos, quibus jus acquisitum erat aliquid operari debuerunt, & si Eventus expectationi tacitæ non respondit, ipsorum vanæ credulitatî imputandum erat, aut culpæ, quod conditiones non exprefferant.

5. Si defendendi mei causa, *inquit Paulus*, lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, Lege Aquilia tenebor. *D.* 9. 2. 45. *S.* 4.

Resp. Quod lege Aquilia quis tenetur, de damno, quod non jure factum est, *inquit Ulpianus*, in l. 5. *S.* 2. *D.* eod. & injuria accipitur damnum culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit, aliter ad damnum refarciendum, nemo nisi ex dolo teneretur.

6. Ex senatus consulto, *inquit Marcianus*, ea relegari jussa est, quæ quidem non malo animo, sed malo exemplo, ad conceptionem medicamentum dedit, ex quo ea, quæ acceperat decessit, &c. *D.* 48. 8, 3. *S.* 2.

7. Qui amatorium poculum dant, *inquit Paulus*, & si dolo (id est, malo proposito) non faciant, humiliores in metallum, honestiores in insulam relegantur, quod si quis eo perierit, summo supplicio afficiuntur. *D.* 48. 19, 38. *S.* 5.

Resp. Quod quæ medicamentum ad conceptionem, & qui poculum amatorium dederant, etsi animum occidendi non habuerunt, animum tamen habuerunt, id quod illicitum, & mali exempli erat, perpetrandi, & proinde de eo quod eventu secutum est, puniri potuerunt.

De hac quæstione, ita statui potest, Quod actus tendit, aut ad commodum alicujus, ut donatio contractus, aut ad incommodum, ut delictum & crimen. 1. Si tendit ad commodum alicujus, ut donatio, contractus, aut intentio est expressa, vel ex conjecturis colligi potest, & ab hujusmodi intentione,

64 *Questionum Juris Civilis*

tionem, æstimandus est, aut intentio est tacita, & in mente retenta, & ab ea, quoad alios, Actus non est æstimandus. 2. Si actus tendat, ad incommodum, ut delictum privatum, aut quis quod licitum erat intendens, præter intentionem, quod licitum non erat, committit, de damno, ex eo secuto, tenetur, aut præter id quod animo delinquendi sibi propositum habuit, aliud egit, & tenetur de eo quod in animo habuit, non de eo quod egit, si actus tendat ad incommodum ut crimen publicum, aut quis habuit animum agendi id, quod erat illicitum, & tenetur de eo quod ex actu sequitur, aut animum habuit agendi id, quod licitum, & si actum culpa præcessit, tenetur de eo quod evenit, si culpa non præcessit, de eo non tenetur.

Vid. Socinum Reg. 2. Jacobum Gotefredum & alias ad l. 76. & 168. D. de Reg. Juris.

Q U Æ S T. II.

An quod per errorem actum est, valeat.

Quod non.

1. **I**N omnibus negotiis contrahendis, *inquit Pomponius*, si error aliquis interveniat, nihil valet quod actum est. D. 44. 7. 57.

2. Non videntur, *inquit Ulpianus*, consentire, qui errant. D. 50. 17. 116.

3. Si procurator, *inquit Ulpianus*, vel tutor pupilli, rem suam quasi alienam, vel pupilli tradiderint, non recedit ab iis dominium, & nulla est alienatio, quia, nemo errans, rem suam amittit. D. 41. 1. 35.

4. Si patiente vicino, *inquit Labeo*, opus faciam, ex quo aqua pluvia ei noceat, Aquæ pluviae actione me non teneri, sed hoc, si non per errorem, aut

aut imperitiam deceptus sit, nulla enim voluntas errantis est. D. 39. 3, 19, & 20.

5. Si per errorem, *inquit Ulpianus*, Prætor alius pro alio aditus fuerit, nihil valebit, quod actum est; Neque enim ferendus est, qui dicit eos in præsidem consensisse cum non consentiant, qui errant. D. 2. 1, 15.

6. Quoties, *inquit idem*, volens alium hæredem scribere, alium scripsit, in corpore hominis errans, placet; neque eum esse hæredem, qui scriptus est, quia voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quia is scriptus non est. D. 28. 5, 9.

7. Mensam argento coopertam, *inquit Julianus*, mihi ignoranti, pro solida imprudens vendidisti, nulla est emptio, & pecunia quæ eo nomine data est, condicetur. D. 18. 1, 41.

8. Si ego, *inquit Ulpianus*, pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam acceperis, *Julianus* scribit donationem non esse; Et ego puto, nec mutuum esse, magisque nummos non fieri accipientis, cum alia opinione accepit. D. 12, 1, 18.

Quod sic,

1. Si in nomine, *inquit Ulpianus*, dissentiamus, verum de corpore constat, nulla dubitatio est, quin emptio, & venditio valeat, nihil enim facit error nominis, si de corpore constat, &c. D. 18. 1, 9. S. 1.

Si quis, *inquit idem*, in fundi vocabulo erraverit, & legando *Cornelianum*, pro *Semproniano* nominaverit *Sempronianus*, (scil. de quo sentit) debetur. D. 30. 1, 4.

Resp. Quod error in nomine, cum de corpore constat, nec contractum, nec dispositionem in testamento viriat, quia *uti Justinianus ait*, Nomina significandarum rerum gratia reperta sunt, quæ si alio quolibet modo intelligantur, nihil refert, *Instit. de Legat. S. 29.* Secus est si in ipso corpore erratum sit, D. de condit. & demonstrat. l. 17. S. 1.

2. Si

66 *Quaestionum Juris Civilis*

2. Si Legaturus, *inquit Paulus*, voluntate hæredis errantis possessionem nactus est, non potest ei res revocari. *D. 35. 2, 1. S. 11.*

Resp. Quod hæres non in re, sive fundo, cujus possessionem Legatarium nancisci passus est, errabat, sed in causa, ex qua passus est, quia cum locus esset legi Falcidiae (id est, retinendi quartam partem.) Falso putabat, se legatum integrum præstare oportere, & proinde rei, vel fundi possessionem revocare non potuit, sed ut in eadem lege, *ait Paulus*, actio ei competebat ad quartam partem recuperandam.

3. Id quod ob causam datur, *inquit Paulus*, puta quod negotia mea adjuta putavi, quia donari volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. *D. 12. 6, 65. S. 2.*

Resp. Quod error respectu causæ ob quam quis donare voluit, non impedit quo minus donatio valeat, quia donatio est gratuita, & sine causa effectum sortiri potest, secus est si in re vel materia sit erratum.

4. Si id quod aurum putabam, *inquit Paulus*, cum æs esse, stipulatus fuero, teneberis mihi hujusmodi æris nomine, quoniam in corpore consenserimus. *D. 45. 1, 22.*

Resp. Quod ex contractu stipulationis, qui est stricti juris, Promissor tenetur ad id, quod promissum est, tradendum, & stipulator ad id quod interest, ultra æs traditum, agere potest, in contractu vero bonæ fidei, veluti emptionis, & venditionis, si in materia erratum sit contractus nullus est; *l. 19. in fine D. de contrah. emptione. D. 45. 1, 2.*

5. Quid dicemus, *inquit Ulpianus*, si in materia, & qualitate ambo errarent? ut puta si & ego me aurum vendere putabam, & tu emere, cum æs esset, ut puta cum hæredes aureolam, sive viriolam (ornamentum scil.) quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni hæredum vendidissent, eaque inventa essent,

essent, magna ex parte ænea, venditionem esse constat, quia auri aliquid habuit, nam si inauratum aliquid sit licet ego aureum putem, valet venditio contra id quod tradit *Julianus*, in lege 41. *D. eod. D. 18. 1, 14.*

Resp. Quod aliud est inauratum, vel inargentatum, aliud auro vel argento coopertum, in illis aurum, vel argentum conjunctum est cum alia materia, puta cum ære, in his est separatum, ac duntaxat tegit aliam materiam, quod usitatum videtur fuisse in mensis, (nam de mensa agitur in l. 41.) quæ argento includebatur. l. 7. S. 1. *D. de supellectile legata*, id est, argenti lamina, vestiebatur, ut de *Tiberii* mensa loquitur *Plinius*, lib. 13. cap. 15. *via* *Pacius*.

6. Cum in corpus quod traditur, inquit *Julianus*, consentimus, in causâ vero dissentimus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam, donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam donandi, & recipiendi dissentimus, quod directe contrarium est ei, quod tradit *Ulpianus*, in l. 18. *D. de rebus creditis. D. 41. 1, 36.*

Resp. Quod cum *Ulpianus* dicat, Magisque nummos accipientis non fieri, verba sunt ambigua, quia non directe negat, quod affirmat *Julianus*, nummos aliquo modo fieri accipientis, cum is qui tradit, ita donat ut fiant accipientis, & is qui quasi mutuas accepit, eo animo accepit ut sui fiant, sed *Ulpianus* sensit, si translationis dominii effectus spectetur, magis est, seu verius est, eos accipientis non fieri, quia non perfecte ejus fiunt, quia ut in eadem lege innuit, condici possunt, sive extent, sive non extent, quamvis si consumpti sint exceptio detur, quia secundum mentem ejus qui donavit sunt consumpti.

68 *Questionum Juris Civilis*

De hac quæstione, *Julius Pacius* sic distinguit. Quod aut erratur in causa negotii quod agitur, aut in ipso negotio. Si erratum sit duntaxat in causa negotii, valet id quod agitur, *l. 1. S. 11. ad L. Falcidiam*, 2. Si erratum sit in ipso negotio, aut erratur in nomine, aut in corpore, aut in natura, aut in genere contractus. 1. Si erratum sit in nomine solo, & de re constat, valet quod actum est, *l. 9. S. 1. D. contrah. empt.* 2. Si erratum sit in corpore, ut cum alius putat se vendere fundum Tusculanum, alius se emere fundum Cornelianum, Error contractum vitiat. *l. 9. D. de contrah. emptione. & l. 83. 91. D. de verb. ob.* 3. Si erratum sit in materia, ut cum quis corpus æneum, aureum, vel argenteum esse putat in contractu bonæ fidei quod actum est non valet. *l. 9. in fine D. de contrah. Emptione*, in contractu stricti juris utpote stipulatione valet, *l. 22. de verb. oblig.* 4. Si erratum sit in genere contractus, veluti qui rem tradit habet animum donandi, is qui accipit ex mutuo creditam habendi, contractus non valet nec ex eo cum effectu transfertur rei dominium.

Vid. Glossam & D. D. ad l. 116. D. de Reg. Juris. Bartolum ad l. Ejus D. de rebus creditis. Donellum ad l. 18. D. eod. Pacium cent. 1. quæst. 59. & cent. 5. quæst. 4. & ad duas postremas antinomias, Nicol. Genoam. conciliat. legum contrar. p. 165. & p. 128.

Q U Æ S T. III.

An id valeat, quod quis coactus agit?

Quod non,

1. **N**IHIL inquit *Ulpianus*, consensui tam contrarium est, quam vis, atque metus, quem comprobare contra bonos mores est. *D. 50. §. 17. 16.*

2. Ait

2. Ait Prætor, *inquit idem*, Quod metus causa gestum erit, ratum non habebō. Olim edicebatur, Quod vi, metusve causa, & vis fiebat mentio, propter necessitatem impositam, contrariam voluntati. D. 4. 2. 1.

3. Si privatus, *inquit Paulus*, coactus à populo servum manumisit, quamvis voluntatem accommodavit, tamen liber non erit. D. 40. 17.

4. Non cogitur, *inquit Terentius Clemens*, filius familias uxorem ducere, & libertam invitam, *inquit Marcianus*, patronus uxorem ducere non potest. D. 23. 2. 21. & 28.

5. Qui metu verberum, *inquit Ulpianus*, aliquo timore coactus, fallens hæreditatem adierit, placet, sive liber sit, hæredem non fieri, sive servus sit, dominum hæredem non facere. D. 29. 2. 6. in fine.

6. Si prætor, *inquit Ulpianus*, decernat pecuniam minori, sine curatoribus solvendam, & debitor solverit, Si allegans minorem esse, compulsus sit ad solutionem, nihil ei est imputandum. D. 4. 4. 7. S. 2.

7. Si medicus, *inquit idem*, cui oculos suos curandos, qui iis laborabat, commiserat, inferendo periculum eorum amittendorum, per adversa medicamenta compulerit, ut æger possessiones suas ei, contra bonam fidem venderet, Incivile factum, prætor provinciæ coerceat, resque restitui jubeat. D. 50. 13. 3.

Quod sic,

1. Licet, vim, *inquit Ulpianus*, à quocunque factam prætor complectatur, eleganter tamen *Pomponius ait*, Si quia te, de hostium potestate liberarem, aliquid à te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri. D. 4. 2. 9. S. 1.

Resp. Quod in eadem lege *Pomponius* rationem reddit. Quia is qui datum accepit, vel ad dandum obligavit, alienus à vi fuit, & operæ suæ pretium accepit.

2. Eum,

70 *Quaestionum Juris Civilis*

2. Eum, qui debitori suo vim adhibuit, ut ei solveret, *Julianus ait*, hoc edicto non teneri. *D. 4. 2, 12.*

Resp. Quod, prout ibi dicitur, per edictum restitutio facienda est, cum quis vi damnum passus est, at qui solvit quod debuit, nullum damnum patitur. Sed qui per vim, quod debitum est extorquet, lege *Julia* de vi, puniendus est. *D. 4. 2, 12.*

3. Si mulier contra Patronum ingrata, *inquit Paulus*, cum de suo statu periclitabatur, aliquid Patrono dederit, vel promississet ne in servitutem redigatur, cessat edictum. — 21.

Resp. Quod in eadem lege rationem *Paulus* reddit, Quia edictum succurrit cum ab alio vis infertur, in hoc vero casu, mulier ingrata hunc metum ipsa sibi intulit.

4. Non quilibet metus, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* sufficit, ad rescindendum ea, quæ metu transacta sunt, sed talem metum probari oportet, qui salutis periculum, vel corporis cruciatum continet. *C. 2. 4, 13.*

Resp. Quod, in principio rescripti, Impp. agnoscunt, interpositas, metus causa, transactiones, edicto perpetuo ratas non haberi, sed in casu sibi proposito, iis non videbatur talis metus illatus fuisse, qui ad restitutionem in integrum requirebatur, & ita *Gaius*, metum *ait*, non vani hominis, sed qui in constantem virum cadat, ad edictum pertinere.

5. Si Patre cogente, *inquit Celsus*, quis uxorem ducat, quam si sui arbitrii esset non duceret, contraxit matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse enim hoc videtur. *D. 23. 2, 22.*

Resp. Quod in hoc casu, nec Pater imperandi potestatem, nec filius obsequendi necessitatem habuit, & proinde, si filius ex metu reverentiali, ut Patri non displiceret, consensum adhibuit, valet quod ex eo consensu actum est.

6. Si metu coactus, *inquit Paulus*, hæreditatem adiit, puto me hæredem effici, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui, &c. *D. 4. 2, 21. S. 5.*

Si metu coactus, *inquit Papinianus*, quis hæreditatem adiit, fiet, ut quia invitus hæres existit, abstinendi facultas detur, interim hæres existit contra id quod in *l. 6. D. eodem*. Ulpianus tradit. *D. 29. 2, 25.*

Resp. Quod homo liber, & sui juris, qui metu coactus hæreditatem adiit, revera hæres fit, quia coacta voluntas, voluntas est, sed beneficio restitutionis abstinere potest, *l. 21. D. Quod metus causa*, Si vero fit filius familias, & jussu Patris adeat, Patrem hæredem facit, & patre decedente, ipse hæres factus sine restitutione abstinere potest, Quia prius invitus, id est, non ex voluntate propria, sed jussu patris adiit. In *l. 6. D. acquir. hæreditate*, traditur, quod aditio hæreditatis, cum quis metu coactus fallens adiit, nihil operatur, quia fallens adit, qui simulat se velle, cum revera nollet; Aliud autem est aliquem coactum, & volentem facere, aliud coactum, & invitum facere, quemadmodum aliud est, Metum Domino incutere, ut res sibi à Domino detur, aliud rem alienam per vim rapere, Priore casu, qui metum incutit, Dominium acquirit, sed edicto restituere compellitur, posteriori casu, qui vi rem rapit, ejus Dominium, nullo modo acquirit, ita *Pacius*.

Jacobus Gosefredus voluntatem distinguit, in plenam, coactam & obsequiosam; Plena voluntas est, quæ omnino libera est; coacta, quæ vi, vel metu impellitur; obsequiosa, quæ autoritate superioris, Judicis scil. Patris, vel Domini movetur, & ducitur. Voluntas coacta vi, & metu, si principium spectetur, involuntaria immo voluntati omnino contraria videtur, sed id quod sequitur, aliquid voluntatis habet, sed non satis, ad id quod agitur validum reddendum,

72 *Questionum Juris Civilis*

dendum, unde in iis actibus & contractibus, quæ spectant ad judicia bonæ fidei, ut emptio, locatio, societas, &c. quod, vi, aut metu, inductum est, est omnino nullum. In iis quæ spectant ad judicia stricti juris, ut stipulationes, non est omnino nullum, sed vel exceptione est impediendum, vel actione, & restitutione in integrum rescindendum. *l. 9. S. 32. Quod metus causa.* Cum ex voluntate obsequiosa quid agitur, Si negotium sit, in quo superiores jus impetrandi, alii obediendi necessitatem habent, quale est aditio hæreditatis, non ex persona sua, sed ex persona superioris, velle, & agere intelliguntur; si sit negotium in quo superiores jus imperandi non habent, quale est contractus nuptiarum, si ob reverentiam superiori debitam, & iussu ejus quis agat, vel contrahat, ipse, etsi aliquo modo coactus, velle, & agere intelligitur.

Vid. Glossam, & DD. ad l. 116. D. de Reg. jur. Pacium, cent. 2. quest. 67. Gotofredum ad l. 4. & 157. D. de Reg. juris.

QUÆST. IV.

An qui tacet alicui consentire censendus sit?

Quod sic,

1. **I**N sponsalibus, inquit *Paulus*, eorum consensus exigendus est, quorum in nuptiis desideratur, *Julianus* vero scribit, patrem semper filiæ consentire, nisi evidenter dissentiat. *D. 23. 1. 7.*
2. Sicut nuptiis, ita sponsalibus, inquit *Julianus*, filiamfamilias consentire oportet, sed ea quæ patris voluntati non repugnat, inquit *Ulpianus*, consentire intelligitur. *D. 23. 1. 11. & 12.*

3. Pater

3. Pater cum consensu filiae, *inquit Ulpianus*, ad dotis restitutionem agere potest, voluntatem autem filiae utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ut non contradicat filia? Et ab *Antonino* imperatore rescriptum est, filiam nisi evidenter contradicat, consentire patri. *D. 24. 3, 4. S. 2.*

4. Consensisse pater decurionatui filii videtur, *inquit Ulpianus*, si praesens nominationi non contradicat. *D. 50. 12.*

5. Si tantum sciente patre, *inquit Paulus*, filiofamilias creditum sit, dicendum est cessare senatus consultum, (quo scil. prohibitum est, quenquam filiofamilias pecuniam, sine patris consensu credere.) *D. 14. 6, 16.*

6. Si exercitor, *inquit Ulpianus*, scit, & passus est aliquem in navi magisterio fungi, eum imposuisse videtur. *D. 14. 1, 1. S. 5.*

7. Quoad actionem tributariam quaeritur, *inquit Ulpianus*, an scientiam eam accipimus, quae habet & voluntatem, sed ut ego puto ait, non quae habet voluntatem sed patientiam; Non enim velle debet dominus, sed non nolle, si igitur scit, & non protestatur, & contradicit, tenebitur actione tributaria. *D. 14. 4, 1. S. 3.*

8. Si passus sum, *inquit idem*, aliquem pro me fidejubere mandati teneor. *D. 17. 1, 6. S. 2.*

Eodem tendunt, *l. 5. S. 6. D. de his qui effuderint, l. 63. S. 1. D. de re judicata l. 2. C. de acquir. possess. l. 7. & 8. C. de remissionis. Pignoris.*

Quod non,

1. Qui tacet, *inquit Paulus*, utique non fatetur, sed tamen verum est, eum non negare. *D. 50. 17, 142.*

Resp. Quod haec regula respicit taciturnitatem cum quis in jure interrogatur, & ejus sensus est, quod status tacentis, medius est inter fatentem, & negantem, & proinde ex taciturnitate, nisi propter contumaciam,

74 *Questionum Juris Civilis*

maciam, nemo est condemnandus. In aliis vero secus est, ubi scientia, & patientia pro consensu habentur secundum regulam Juris Canonici, Qui tace consentire videtur.

2. Non defendi pupillum, *inquit Ulpianus*, Prætori constare debet, ut sic permittat bonorum possessionem. Hoc autem sic constare debet, evocandi sunt tutores, inquirendi cognati, Et si aut negant se defendere, aut non negant sed taceant, tunc Prætor possessionem dabit. Ubi qui tacent, negare & dissentire intelliguntur. *D. 42. 4, 5. S. 1.*

Resp. Quod ubi requiritur directa responsio an quis agere aliquid velit, necne, taciturnitas pro recusatione & negatione habetur, quia nolle agere videtur, qui non dicit se agere velle. *Vid. Cuiacium Observationum, lib. 22. cap. 27.*

3. Invitus Procurator, *inquit Ulpianus*, non soleri dari, & invitum accipimus, non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui non consensisse probatur. *D. 3. 3, 8. S. 1.*

Resp. Quod qui officium Procuratoris in se suscipit obligationi personali se astringit, ad cujusmodi obligationem inducendam, consensus expressus adhibendus est.

4. Cum servitus imponitur, *inquit Paulus*, Ne luminibus officiatur, hoc adepti videmur, ne jus fratri vicino, invitis nobis altius ædificare, &c. Invitum autem in servitutibus, *inquit Ulpianus*, accipere debemus, non solum eum qui contradicit, sed & eum qui non consentit. *D. 8. 2, 4. & 5.*

Resp. Quod constitutio servitutis, est diminutio juris ejus ad quem spectat plenum rei dominium, & proinde consensus etiam expressus ad eam constituendam, requiritur, Ita enim quod in fine legis additur, intelligendum, Quod de invito dicitur, non ad factum, sed ad jus servitutis refertur, id est, nullum opus est nostro facto veluti contradictione ad tuendum jus quod nobis competit.

5. Lucia Titia, inquit *Modestinus*, moriens servo alieno domum à filiis suis per fidei commissum reliquit, post mortem ejus, filii hæredes cum hæreditatem dividerent, etiam domum divisērunt, in qua divisione dominus servi fidei commissarii, quasi testis adfuit, Quæsitum est, an fidei commissi, sibi per servum acquisiti, persecutionem, eo quod divisioni interfuit amisisse videatur? *Modestinus* respondit, fidei commissum ipso jure amissum non esse, nisi evidenter apparuerit amittendi fidei commissi causā, hoc eum fecisse. *D. 31. 1, 34. S. 2.*

Gaius Seius, inquit *idem*, ob pecuniam, fundum suum *Lucio Titio* pignori dedit, postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus in compensationem pecuniæ suæ, certo tempore possideret, cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis eundem fundum haberet, & addidit, quem de *Gaio Seio* emi, cum non emisset; Hoc testamentum inter cæteros *Gaius Seius*, qui fuit debitor, signavit. Quæsitum est. An ex hoc quod signaverit, præjudicium sibi aliquod fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum ut creditor certi temporis fructus caperet? *Modestinus* respondit contractui pignoris non obesse quod debitor testamentum in quo creditor se emisit pignus expressit, signasse proponatur. *D. 13. 7. 39.*

Resp. Quod præsentia ejus qui actui interfuit ut testis, ad intrinsecam validitatem actus nihil operatur, ita *Bartolus*, præsertim in testamento, quod non substantiam capit, ex subscriptione alicujus, sed ex voluntate testatoris, quatenus de rebus suis disponendi potestatem habet.

6. Non videtur, inquit *Martianus*, creditor consensisse, si eo sciente, debitor rem vendiderit, quod contrarium videtur, *l. 6. & 8. C. de Remissione pignoris. D. 20. 6, 8. S. 15.*

76 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod creditor tunc videtur remittere pignus, cum venditioni consentit, & scientia & patientia ejus habetur pro consensu, quando aliquid præterea concurrat, ut in *l. 6.* Admonitio per affixionem programmatis, & *l. 8.* privilegium fisci, non alias, cum ut in eadem lege *Martianus* ait, creditor pati potuit pignus vānīre, quia sciebat ubique jus pignoris sibi durare, ita *Pacius*.

7. Servum alienum recipere dominum vetare, inquit *Ulpianus*, eum accipimus etiam, qui ignorat, hoc est qui non consentit, ita ut qui non consentit vetare intelligatur. *D. 47. 2, 48. S. 3.*

Resp. Quod quando quid de jure prohibetur ut receptio servi fugitivi, dominus ignorans, præsumitur, magis dissentire, & vetare, quam consentire, & probare, sed cum de iis quæ jure prohibita non sunt, præsens & sciens tacet, & non contradicit, magis consentire quam vetare, aut dissentire intelligitur.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit, Quod aut quæritur de iis, quæ extra judicium fiunt, vel de iis quæ in judicio aguntur. 1. Extra judicium vel agitur de contractibus, vel de aliis actibus. 1. Si de contractibus, aut id quod agitur spectat ad commodum tacentis, & præsumitur consentire, *l. 6. S. 2. D. Mandati*, aut spectat ad ejus incommodum, & tunc aut est circa obligationem personalem, & tacens non videtur consentire, aut est circa jus aliquod reale, & tunc tacens, vel potest contradicendo impedire, & præsumitur consentire, *l. 6. 63. D. de re judicata* vel non potest impedire, & non præsumitur consentire, *l. 34. S. 2. D. de legatis. 2.* 2. Si de aliis actibus, præterquam contractibus agatur, ut cum quis intrat in possessionem rei ad tacentem pertinentis, tunc aut aliquid præcessit ex quo tenebatur pati & præsumitur consentire, *l. 2. C. de acquir. possessio.* vel nihil præcessit, quo tenebatur, & tunc aut agitur de præjudicio modico, & præsumitur consentire, *l. 28. D. communi dividendo,*

dendo, aut de magno præjudicio, & præsumitur dissentire, l. 91. D. de furiis. 3. Si sit actus ad judicium spectans, aut quis tacet per contumaciam, & habetur pro confitente, l. 11. S. 4. De interrogatoriis actionibus, vel tacet sine contumacia, & videtur nec fateri nec negare. l. 142. D. de regulis Juris.

Vid. Glossam & DD. Juris Civilis ad l. 142 D. de Reg. Juris DD. Juris Canonici ad cap. 43. & 44. D. de Reg. Jur. in 60. Bartolum ad l. 34. D. Solutio Matrimonio, Menochium l. 6. Præsumpt. c. 99. Pacium c. 5. quæst. 31.

Q U Æ S T. V.

An Actus circa id quod impossibile est, valere possit?

Quod non,

1. **Q**UIA non valet circa id quod non est in rerum natura.

1. Impossibilibus, inquit Celsus, nulla est obligatio. D. 50. 17, 185.

2. Quæ rerum natura prohibentur, inquit idem, nulla lege confirmata sunt. D. 50. 17, 188.

3. Si quis, inquit Justinianus, rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, stipulatus fuerit, veluti Hippocentaurum, qui esse non potest, vel Stichum, qui est mortuus, quem vivere credebatur, inutilis est stipulatio. l. 19. 8. S. 1.

4. Non solum, inquit Marcianus, Stipulationes impossibili conditione applicatæ, nullius momenti sunt,

78 *Questionum Juris Civilis*

sunt, sed etiam cæteri contractus, veluti emptiones, locationes impossibili conditione interposita, æque nullius momenti sunt, Quia in ea re, quæ ex duorum, pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectanda est, quorum proculdubio, in hujusmodi actu, talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, adposita ea conditione, quam sciunt impossibilem. *D. 44. 7. 31.*

5. *Favolenus sic proponit casum*, Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli centum pondo pendant hæres dabo, *Osilius* respondit, Nihil legatum esse, quod & *Labeo* probat, Quoniam hujusmodi triticum in rerum natura non esset. *D. 33. 6. 7. S.*

6. Qui quinque in arca habebat, *inquit Africanus*, ita Legavit, decem quæ in arca habeo, Legatum valebit, ita tamen est utile, ut quinque sola peri possint. Nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non est, Legatum videtur. *D. 30. 1. 108. S. 10.*

2. *Quia non valet circa id, quod non est, in Commercio.*

1. Quod nullius esse potest, *inquit Paulus*, id ut alicujus fiat, nulla obligatio efficere potest. *D. 50. 17. 182.*

2. Rem sacram, *inquit idem*, vel religiosam, vel usibus publicis, in perpetuum relictam, ut Forum & Basilicam, inutiliter stipulor. *D. 45. 1. 83. S. 4.*

3. Cum quis, *inquit Venuleius*, sub hac conditione stipulatus est, si rem sacram, aut religiosam *Titius* vendiderit, &c. Ubi omnino conditio impleri non potest, nullius momenti est stipulatio, perinde ac si ea conditio, quæ natura impossibilis est, incerta fuisset. *D. 45. 1. 137.*

4. Si quis, *inquit Ulpianus*, Salustianos hortos, qui sunt *Augusti*, vel fundum Albanum, qui Principibus usibus deservit, legaverit, furiosus est, talia Legata testamento ascribere, &c. sed & prædia *Cæsaris*, si legentur, nec æstimatio eorum præstari debet,

bet, quoniam commercium eorum, nisi jussu Principis non sit. *D. 30. 1, 39. S. 8.*

3. *Quia non valet circa id, quod est contra jus aut bonos mores.*

1. Generaliter, *inquit Ulpianus*, quoties pactum à jure communi est remotum, servari non oportet, & si stipulatio sit interposita de his, pro quibus, pacisci non licet, servanda non est, sed omnino rescindenda eodem tendit, *l. 26. D. de verb. obl. g. D. 2. 14, 7. S. 7.*

2. Pacta, *inquit Antoninus Imp.* quæ contra leges, constitutiones, vel bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est. *C. 2. 3, 6.*

3. Filius, *inquit Papinianus*, qui fuit in potestate, hæres scriptus, sub conditione, quam senatus, aut princeps improbavit, testamentum Patris infirmat, Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dicam, sunt contra bonos mores, nec nos facere posse credendum est. *D. 27. 7, 15.*

4. *Quia non valet circa id, quod est supra aliqujus vires.*

1. Si stipulor, *inquit Paulus id*, quod natura fieri non concedit, obligatio non magis consistit, quam cum stipulor, ut id detur, quod dari non potest, *D. 45. 1, 35.*

2. *Paulus respondit*; Impossibile præceptum judicis nullius est momenti, & ab ea sententia, cui per rerum naturam, pareri non potest, sine causa appellatur. *D. 49. 8, 3.*

3. Non est statu liber, *inquit idem*, si tam difficilem, imo impossibilem conditionem adjeceris, ut aliunde libertas ei obtingere non potest, ut si hæredi millies dedisset, aut cum moreretur, liberum esse jussisset, sic enim libertas inutiliter datur, quia nec animus dandæ libertatis erat. *D. 40. 7, 4. S. 1.*

4. Si quis, *inquit Justinianus* Romæ, ita stipulatur, hodie Carthagini dare spondes? inutilis est

80 *Questionum Juris Civilis*

stipulatio cum impossibilis sit repromissio. Idem habetur in l. 3. S. 6. D. de eo quod certo loco. l. 3. 15. S. 5.

Quod sic,

1. *Quia valet circa id, quod non est in rerum natura.*

1. Illud, inquit Ulpianus, dubitationem recipit, Si quis id, quod ex Arethusa natum erit, aut fructus, quia in fundo Tusculano nati erunt sibi dari, stipulaverit, an certum stipulatus videatur, sed ipsa natura manifestum est. Incerti esse hanc stipulationem, ex qua actio datur. D. 45. 1. 75. S. 4.

Resp. Quod id quod non est in rerum natura, sed esse potest, non est impossibile, & de eo actio datur, quia stipulationum, aliae certae sunt, aliae incertae, l. 74. D. de verb. obligat.

2. Si post moram promissoris, inquit idem, homo decesserit, nihilominus promissor tenetur, ac si homo viveret. D. 45. 1. 82.

Resp. Quod res, quae esse desiit, peti non potest, sed propter moram ejus, qui promisit, ejus aestimatio peti potest.

3. Obtinuit, inquit Ulpianus, impossibiles conditiones testamento ascriptas, pro nullis habendas, D. de Condition. Instit. l. 1. Similiter.

Resp. Quod in ultimis voluntatibus, non minus quam in contractibus, dispositio impossibilis non valet, dispositioni vero possibili, conditio impossibilis adjecta, quamvis contractum, qui ex plurium consensu pendet, faciat irritum, dispositioni in ultima voluntate, quae ex solius disponentis voluntate pendet addita, habetur pro non adjecta, quia praesumitur voluisse dispositionem effectum habere, & hanc praesumptionem, ultimarum voluntatum favor inducit.

2. *Quia valet circa id, cujus non est commercium.*

1. Multum interest, inquit Ulpianus, Utrum ego stipuler rem, cujus commercium habere non possum, an quis promittat, Si stipuler rem cujus commercium non habeo inutilem stipulationem esse placet, si quis promittat rem, cujus commercium non habet, ipsi nocet non mihi.

Resp.

Resp. Quod res quædam sunt omnino extra commercium, ut res sacræ, & publicæ, quæ iis, quæ non sunt in rerum natura, æquiparantur, aliæ sunt extra commercium, quorundam tantum hominum, ut fundi Provinciales, extra Presidium, & mancipia Christiana extra Judæorum commercium, & harum præstatio non est impossibilis, respectu eorum qui earum capaces sunt, & proinde iis promitti possunt.

3. *Quia valet circa id, quod est contra Jus, &c.*

1. Pacisci, *inquit Ulpianus*, contra edictum Ædilium, omnino licet, sive in ipso negotio convenerit, sive postea. *D. 2. 14, 38.*

Resp. Quod aliud est pacisci contra jus, aliud pacisci, contra beneficium juris, quod sibi competit, quo sensu intelligitur in hac lege, improprie pacisci contra edictum Ædilium, qua paciscitur de beneficio quod ex edicto ipsi competit, cui renuntiare potest.

2. Ne quis, *inquit idem*, tempore messium, vindemiarumque, Adversarium cogat, ad judicium venire, Oratione *Divi Marci* exprimitur, Quia occupati circa rem rusticam, in forum compellendi non sunt, sed si Prætor vel per ignorantiam vel per socordiam, eos evocaverit, hique sponte venerint, si quidem illis præsentibus, & litigantibus sententiam dixerit, sententia valebit, tametsi non recte fecerit qui eos evocavit. *D. 2. 12, 1.*

Resp. Quod etsi, qui aliquem contra jus in judicium vocavit, non recte facit, si tamen in judicium vocatus, beneficio juris renuntians, compareat, & se submittat, recte facit, quod in ea causa sententiam dicit, & ideo sententia valet.

3. Si Prætor, *inquit Ulpianus*, ita decrevit; tutorem vendere, obligareve permitto, An possit liberum arbitrium habere, quid faciat? Et magis est, ut possit dummodo sciamus, Prætorem non recte partibus suis functum, debuit enim ipse statuere, utrum magis obligare, an vendere permittat. *D. 27. 9, 7. S. 4.*

82 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod dicitur Prætorem non recte, intelligendum, non rectissime partibus suis functum, quia melius fecisset, si ipse statuisset obligare an vendere deberet, sed non omnino male, & contra jus decrevit quod tutoris arbitrio plus permiserit.

4. Si quis, *inquit idem*, simplici jussione, & cognitione non habita, debitis satisfecit, quamvis exacti-
onem non extra ordinem, sed civiliter fieri oportuit quæ tamen debitarum ab eo quantitarum solutioni profecerunt, revocare incivile est. *D. 4. 2. 23.*

Resp. Quod exactio pecuniæ debitæ, sine cognitione indebite per judicem facta est, sed solutio pecuniæ quæ erat debita, erat justa, & proinde non erat revocanda.

5. Ad tempus relegatis, *inquit Ulpianus*, neque tota bona neque partem adimi debere, rescriptis quibusdam manifestatum est, repræhensæque sunt sententiæ eorum qui relegatis ad tempus, bona, vel bonorum partem ademerunt; sic tamen ut sententiæ, quæ ita prolatae essent, non infirmarentur. *D. 48. 22, 7. S. 4.*

Resp. Quod sententiæ, quæ latae sunt, ante rescripta Imp. quibus bona relegatis ad tempus auferri prohibebantur valebant, sed sententiæ quæ ad eundem modum postea proferebantur valere non debebant, & Imp. videbantur, quod in futurum vetabant, in præteritum indulgere.

4. *Quia valet circa id, quod est supra alicujus vires.*

1. Impossibilis conditio, *inquit Ulpianus*, si sic stipulationi inferatur, Si in cælum non ascenderis, ei non obstat, nam & utilis, & præsens est. *D. 45. 1. 7.*

Resp. Quod conditio impossibilis, quamdiu naturam & vim suam retinet, quod fit cum in aliquid faciendum concipitur, stipulationibus nocet; Quod si in non faciendum concipiatur, non obstat, quia negatione addita, desinit esse impossibilis, & fit necessaria, quia fieri non potest quin eveniat, & ideo obligationem

ligationem puram, & præsentem inducit, ita *Donellus*.

2. Illud inspiciendum est, inquit *Venuleius*, an qui centum dare promisit, confestim teneatur, an vero cessat obligatio donec pecuniam conferre possit; Quid ergo, si neque domi habeat, neque invenire possit creditorem? Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, & respiciunt ad facultatem dandi, est autem facultas personæ commodum, incommodumque non rerum quæ promittuntur, & generaliter causa difficultatis, ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. *D. 45. 1. 137. S. 4.*

Resp. Quod impossibilitas naturalis facit obligationem irritam ab initio, difficultas vero non impedit, diem cedere, & venire, ita ut quod promissum est debeat etiam solvi non possit, & solutio sit differenda uti *Pomponius* tradit de emptione, & venditione servi, qui est in hostium potestate, potius scil. difficultatem esse in eo præstando, quam in natura, ideoque officio iudicis sustinenda, i. e. differenda est ejus præstatio, donec præstari potest. *l. ult. De action. Emp.*

3. Si quis, inquit *Pomponius*, servos, quos *Gadibus* haberet, eo testamento, quod Romæ moriens fecit, triduo, quo moreretur, hæredem mihi dare damnaverit, ratum est Legatum, & angustiae temporis nihil nocent. *D. 30. 1. 12.*

Resp. Quod hæc dispositio, uti tradit *Accursius*, continet unum præceptum, sed intelligi potest duas habere partes, primam, quod hæres servos det, alteram quod det intra triduum, unde removeri potest quod est impossibile festinatio scil. sed non tolli legatum quod est possibile. Impossibilitas de qua quæritur, est vel rei, vel facti. Rei, 1. Quæ non est in natura. 2. Quæ non est in commercio. Facti etiam duplex. 1. Quod est contra jus. 2. Quod est supra alicujus vires, de eo quod impossibile est respectu rei, utpote quæ non est in natura, &, quæ non est in commercio (quæ duo æquiparantur.) *Bartholus* sic

84 *Questionum Juris Civilis*

sic distinguit. Quod hujusmodi impossibilitas contingit, aut in contractibus, aut in ultimis voluntatibus.

1. In contractibus illud quod est impossibile aut adjicitur per modum dispositionis circa illud quod est principale in dispositione & contractum vitiat. 1. stipulor, *D. de verbo obligat*, aut est forte circa aliquod accidens, & in contractibus bonæ fidei non vitiat, in contractibus stricti juris vitiat, aut adjicitur per modum conditionis, & contractum vitiat.

2. In ultimis voluntatibus, quod impossibile est in dispositione vitiat, quod impossibile est in conditione, pro non adjecta habetur.

3. Circa id quod impossibile habetur, quia contra jus est, aut bonos mores, idem *Bartolus*, aut quaeritur inquit, an quod sit contra jus inutile sit, quantum ad ipsum factum? an quantum ad juris effectum? 1. Quantum ad ipsum factum, quoad commodum facientis habetur pro infecto. *l. 5. C. de Le. ibus*, quoad ejus incommodum, valet, nisi æquitas suadeat ut pro infecto habeatur. 2. Quantum ad juris effectum, & tunc lex cui adversatur, aut procedit ultra, confirmando, & quod contra sit, utile est & valet. *l. 1. S. 5. D. quando appellandum*, aut lex procedit ultra, dando modum infirmandi, & eo modo infirmari potest, *tit. D. de dolo, & quod metus causa* aut lex non procedit ultra, & tunc inutile est ipso jure, perinde ac si hoc ipsa lege exprimeretur.

4. Circa id quod est ultra vires. Idem, aut quaeritur inquit, an difficultas impediatur obligationis vigorem, an ex ea exactionem. 1. Quoad obligationis vigorem, si sit difficultas expressa, contractum vitiat, si non sit expressa, non vitiat, nisi ejusmodi sit difficultas quæ pro impossibilitate haberi potest. 2. Quoad exactionem, aut præstatio quantitatis est in obligatione, & difficultas eam non impedit, nec quoad effectum condemnationis, nec quoad effectum executionis, aut rei mobilis, speciei, vel facti præstatio,

statio, est in obligatione, & tunc si difficultas sit temporalis, executionem impedit, seu suspendit, si sit perpetua, non impedit, sed ad æstimationem devenitur.

Vid. De impossibili modo 1. & 2. Bartolum ad l. 1. De Condit Instit. Bronchurst. cent. 3. assert. 66. Pacium cent. 7. quæst. 98. D. 3. modo eundem Bartolum ad l. 5. C. de Legibus nu. 10. Vinnium. quæst. lib. 1. cap. 1. de quarto modo Bartolum ad l. 137. S. 2. & 4. D. de verb. obligat.

QUÆST. VI.

An Añus, ex incertitudine vitietur?

Quod sic,

1. **Q**UOD Añus vitietur ex incertitudine corporis, & quantitatis.

1. Locus certus, inquit Pomponius, ex fundo & possideri, & per longam possessionem capi potest, &c. Incerta vero pars, nec tradi, nec capi potest, veluti si ita tibi tradam, Quicquid in eo fundo mei juris est, Nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id quod incertum est potest. D. 41. 2. 3. S. 2. & 26.

2. Imperfecta est stipulatio, inquit Papinianus, Si stipulatus sum fundum dari, non adjecto nomine. D. 45. 1. 115.

3. Triticum, inquit Marcellus, dare oportere, aliquis stipulatus est, si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certæ quantitatis, id habebitur, pro expresso, alioquin, si cum designare genus, & modum veller, non fecit, nihil stipulatus videtur, Igitur ne unum modium. D. 45. 1. 35.

4. Quod

86 *Questionum Juris Civilis*

4. Quod in stipulatione sic adjectum est, *inquit Ulpianus*, & usuras, si quæ competierint, nullius momenti est, si modus certus non adjiciatur. *D. 22. 1. 31.*

5. Cum duo servi, *inquit Julianus*, duobus de-
nis separatim in diem addicti sunt, & extiterit, qui
pro utroque, triginta det, refert, an unius pretio de-
cem, an singulorum quina adjiciat, Nam secundum
priorem adjectionem, ei servus inemptus erit, cu-
jus pretio adjectio facta fuerit, secundum postero-
rem, uterque ad emptorem posteriorem pertinebit,
Quod si incertum sit, ad cujus pretium addiderit, à
priori emptione, discessum non videtur. *D. 18. 2. 17.*

2. *Quod actus vitiatur, ex facti incertitudine.*

1. Ita, *inquit Papinianus*, stipulatus sum, Te sisti
certo loco, si non siteris quinquaginta aureos dare
spondes, Si dies per errorem in stipulatione omissus
fuerit, cum id ageretur, ut certo die siteres, imper-
fecta erit stipulatio, non secus ac si stipulatus essem,
sandum dari, non adjecto nomine, vel quod pon-
dere, numero, & mensura continetur, sine adjectio-
ne ponderis, numeri, & mensuræ, vel insulam ædi-
ficari, non adjecto loco. *D. 45. 1. 115.*

2. Prætor edixit, *inquit Ulpianus*; Qui agit in-
juriarum certum dicat, quid injuriæ factum sit, Quia
qui famosam actionem intendit, non debet vagari
cum discrimine alienæ existimationis, sed designare,
& certum specialiter dicere, quam se injuriam pas-
sum contendit. Eodem tendunt. *l. 3. D. de Accu-
sationibus l. 21. S. 8. D. de receptis Arbitris l. 59.
S. 2. D. de re judicata.*

3. *Quod actus vitiatur, ex obscuritate verborum.*

1. Quæ in testamento, *inquit Scævola*, ita scripta
sunt ut intelligi non possunt, perinde sunt, ac si scripta
non essent. *D. 50. 17. 73. S. 1.*

2. Quoties non apparet, *inquit Modestinus*, quis
hæres institutus sit, institutio non valet. *D. 28. 5.
62. S. 1.*

3. Cum

3. Cum nomen fidei commissarii, *inquit Paulus*, testamento ascriptum non est, nulli personæ, neque certæ, neque incertæ, fidei commissum datum, indubitatum est. D. 34. 5. 27.

4. Siquis, *inquit Modestinus*, unum de pluribus manumitti voluerit, nec apparet, de quo manumittendo sensit, fidei commissâ libertas, nulli eorum competit. D. 34. 5. 27.

5. Si mihi, *inquit Ulpianus*, quod Titius debet, legatum sit, neque Titius debet, sciendum est nullum esse legatum. Et quidem si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debetur, quia non apparet, quantum legatum fuerit. D. 30. 1. 75. S. 1.

6. Si duobus Titiiis, *inquit idem*, separatim quis legaverit, & uni ademerit, nec appareat cui ademptum sit, utrique legatum debetur, quemadmodum & in dando, si non appareat, cui datum sit, neutri legatum dicimus. D. 34. 4. 3. S. 7.

4. Quod actus vitiatur, ex verborum ambiguitate.

1. In ambiguo sermone, *inquit Paulus*, non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus, Itaque qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia id non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. D. 34. 5. 3.

2. Si Stichum stipulatus, *inquit idem*, de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. D. 45. 1. 83. S. 1.

3. Si testator, *inquit Modestinus*, cum plures amicos eodem nomine habeat, & ad designationem nominis, singulari nomine utatur, Institutio non valet, nisi ex apertissimis probationibus revelatum sit, de quo testator sensit. D. 28. 5. 62.

4. Duo sunt Titii, *inquit Paulus*, Pater, & filius, datus est tutor Titius, nec apparet, de quo testator sensit, Quæritur quid juris? Resp. Quod is tutor datus est, de quo testator sensit, si id non appareat, non jus deficit, sed probatio. D. 26. 2. 30.

Quod

Quod non,

1. *Quod actus non vitatur ex incertitudine corporis, & quantitatis.*

1. Si quis, *inquit Ulpianus*, fundum sine propria appellatione, aut hominem generaliter, sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate, dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligationem, ex qua datur incerti actio. *l. 27. S. 1. D. de receptis Arbitris. D. 45. l. 75.*

Resp. Quod aliud est fundum promittere in genere, aliud fundum promittere sine proprio nomine, Nam qui plures fundos habet, ejusdem nominis, potest unum eorum eo nomine, non nomine proprio fundi promittere, prout planius explicat Javolenus, *l. 110. D. de verb. obligat*, Qui ex pluribus fundis, *inquit*, quibus idem nomen impositum fuit, unum sine ulla nota demonstrationis stipulatur, incertum stipulatur, id est, quem promissor dare voluerit, secus esset si quis fundum promitteret, nullo adjecto nomine.

2. Si generaliter, *inquit Justinianus*, servus, vel res alia legetur, electio est legatarii. *l. 2. 20. S. 22.*

Resp. Quod quando aliquid in genere est legatum, favore ultimæ voluntatis præsumitur, testatorem aliquam speciem sub eo genere, præstari voluisse, & legatarii esse electionem, si ejusmodi species sit in bonis testatoris, alias legatum generis nullius est momenti.

3. Gener, *inquit Papinianus*, à Socero dotem arbitrato Soceri, non demonstrata quantitate stipulatus fuit, Responsum est quod arbitrio quoque detracto, dotem valere placuit. *D. 23. 3. 64. S. 4.*

Resp. Quod hoc speciale est favore Dotis, quæ in promittentis arbitrium permixta (prout in eadem

dem lege sequitur) ipse ejus quantitatem pro modo facultatum patris, & mariti dignitate constituere debet.

4. Fidejussor, inquit *Javolenus*, sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spondit, quolibet triticum dando, reum liberare potest. D. 17. 1. 2.

Resp. Quod in hoc casu constat de substantia, tritico scil. & ejus quantitate, etiamsi de qualitate nihil cautum sit, & proinde debitor, præstando debitam tritici quantitatem, cujuscunque qualitatis, etiam vilissimæ liberatur.

5. Si numerus nummorum legatus sit, inquit *Ulpianus*, neque appareat, quales sunt legati. Patrifamilias. consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est. D. 30. 1. 50.

Resp. Quod in ultimis voluntatibus, ut actus magis valeat quam pereat, ex more patrisfamilias, vel regionis, conjecturis locus est.

2. Quod facti incertitudo actum non vitiat.

1. Qui Calendis Januariis, inquit *Ulpianus*, aliquid fieri stipulatur, si non addit, quibus Calendis Januarii, facti quæstionem inducit, quid forte sentierit, hoc est, quid inter eos actum sit? Id si non apparet, dicendum est primas Calendas Januarias spectandas, id est, quod stipulatori est utilius. D. 45. 1. 41.

Resp. Quod regulariter tempus longissimum promissori conceditur. l. 12. D. de verb. obli. Sed ut id quod actum est in tuto sit, aliter interpretario est facienda. l. 8. D. eod. & proinde, quia si longissimæ Calendæ Januariæ expectarentur, obligatio in finem mundi differretur, nec quicquam apparet quare quartæ potius, quam tertiæ, aut tertiæ potius quam secundæ statuerentur, placuit, quod utilius erat stipulatori, de primis intelligere.

90 *Questionum Juris Civilis*

3. *Quod verborum obscuritate actus non vi-
tiatur.*

1. Quod factum est, *inquit Paulus*, cum in ob-
scuro sit, ex affectione cujusque capit interpretatione.
D. 50. 17. 168.

Resp. Quod etsi verba sint obscura, si animus,
& intentio ejus, qui protulit probari potest, disposi-
tio valet, quia defectus verborum, alia declaratione
ejus, quid sensit, suppletur.

2. In obscuris, *inquit Idem*, inspicitur solet, quod
verisimilius, aut quod plerumque fieri solet. *D. 50.
17. 114.*

Resp. Quod quando sensus verborum est obscurus,
& ex iis colligi potest, quod est verisimile, & quod
non est verisimile, ratio suadet, ut ad evitandum id
quod est absurdum, magis intelligantur de eo quod
est verisimile, quam de eo quod verisimile non est.

3. Semper in obscuris, *inquit Ulpianus*, quod
minimum est sequimur. *D. 50. 17. 9.*

Resp. Quod sicut in dubiis, benigniora sunt pro-
ferenda, quod tradit Gaius *in l. 56. D. de reg. Ju-
ris*. Et in re dubia, *inquit Marcianus*, benigniorem
sententiam sequi, non minus justum, quam tutum
est. *l. 172. D. eod.* ita in iis quæ sunt odiosa, &
onerosa, id sequendum, quod habet minus gravami-
nis, vel ex quo minus incommodi alteri inferatur,
Cui etiam congruit, quod tradit Javolenus. *in l. 200.
D. eod.* Quoties nihil sine captionem investigari po-
test, eligendum est id, quod habet minimum ini-
quitatis.

4. *Quod verborum ambiguitate actus non vi-
tiatur.*

1. In ambiguis orationibus, *inquit Marcianus*,
semper spectanda est sententia ejus, qui eas protulit,
& ubi verborum ambiguitas est, *inquit Paulus*, va-
let, quod actum est, veluti cum Stichum stipulor &
duo sunt Stichi, vel hominem Carthagini, cum duæ
sunt Carthagines *D. 50. 17. 96.*

Resp.

Resp. Quod sicut verba obscura, ita verba ambigua ad declarationem intentionis parum operantur, & quod ita prolatum est valet, ex eo est, quod sententia proferentis, & id quod actum est, aliunde colligatur.

2. Quoties idem sermo, *inquit Julianus*, duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda est quæ rei gerendæ aptior est. *D. 50. 17. 67.*

Resp. Quod jus præsumit, neminem velle aliquid inutiliter agere, & proinde permittit, cum sententia proferentis verba, non apparet, eum sensum admittere quæ rei gerendæ aptior est, ubi vitium verborum, interpretatione juris sustinetur.

3. Quoties in stipulationibus, *inquit Ulpianus*, Oratio ambigua est, commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, in tuto sit. *D. 45. 1. 80.*

Resp. Quod cum de contractu constat, si de verborum sensu dubitatur, ne frustra contractus initus habeatur, de eo sensu quo contractus magis valeat, quam pereat, statuendum est; Quod etiam ex benignitate juris, non ex vi verborum pendet.

Incertum ex eo, quod certum est dignoscitur. Et 1. quoad incertitudinem rei, quæ est vel corporis, vel quantitatis in genere; Certum, uti definit Paulus, *l. 6. D. de rebus creditis* est, Cujus species, aut quantitas, aut suo nomine, aut demonstratione, quæ vice nominis fungitur, quanta qualisque sit ostenditur, unde *Ulpianus* in *l. 75. D. de verborum obligat.* Ubi non apparet, *inquit*, quid, quale, quantumve dicitur, incertam in obligationem deducitur. 2. Incertitudo rei, est etiam facti incertitudo. Scilicet cum ei quod faciendum est, circumstantiæ temporis, aut loci non adjiciuntur. Deinde verborum incertitudo est, Cum id quod profertur, obscurum est, vel ambiguum. 3. Obscurum est, cum verborum sensus non apparet. 4. Ambiguum est. Cum sensus verborum varius, & diversus est, De incertitudine in genere sic statuitur, Quod aut quid ab initio

92 *Quaestionum Juris Civilis*

initio incertum fuit, sed postea certum fieri potest; aut incertum fuit, & omnino certum fieri non potest. Si certum fieri potest, & sit utile, actum non vitiatur. Si omnino certum fieri non potest, aut certum factum, sit inutile, actum vitiatur, seu inutilem reddit. In specie. 1. Si incertitudo sit, corporis vel quantitatis in genere, consideratur vel in contractibus, vel in ultimis voluntatibus. 1. In actibus, qui ad contractus pertinent. 1. Si id quod corporeum est intenditur, est vel genus sub quo plures species continentur, ut animal, & ex hujusmodi incertitudine actus, utpote inutilis, vitiatur, quia præstatione rei minimæ, veluti muscæ, vel formicæ liberatio contingeret; vel est species sub qua indivisa continentur, & tunc, aut res à natura limitationem habet, ut Homo, Bos, Equus, & hujusmodi incertitudine actus non vitiatur, quia præstatio rei minimæ utilitatem aliquam habere potest, vel ab institutione hominis terminatur, ut domus, fundus, & de iis contractus vitiosus est, quia ejus quod minimum est præstatio nullam utilitatem habere potest; Similiter quæ in quantitate consistunt, ut vinum, oleum, & frumentum, si in genere in contractum deducantur, sine adjectione quantitatis, & qualitatis, quia earum rerum præstatione, quæ nullius sunt momenti, exoluuntur, earum incertitudo actum vitiatur, nisi de certo genere, quod aliquam utilitatem habere potest, prius actum & tractatum, probari potest. 2. In actibus, qui ad ultimas voluntates pertinent, quantum ad personas, Si unus ex pluribus hæres, vel legatarius designatus sit, si sit persona incerta, ex personis certis, dispositio valet, si vero sit persona incerta, ex personis incertis, quæ ex futuro eventu certificari non potest, dispositio vitiatur. 2. Quantum ad res, Si dispositio sit de corpore in genere, favore ultimarum voluntatum dispositio valet, & electio conceditur legatario; Si sit de re incerta quæ in quantitate consistit; Si

quid

quid de
standum
dispositio
est, præ
tur, Qu
vel locu
qui con
tempore
si locus
in quo
3. De i
tur, Qu
non po
quod or
D. de
potest
S. 1.
l. 168.
libertas
similius
biguita
circa c
conting
conven
sum f
valeat
aut re
standa
& si
& pro
oblig.
tionis
quia
tire i
ratur
ma c
2. Si
lius,

quid de ea testator sensit, probari potest, id præstandum est, Si probari non potest, ne irrita sit dispositio, hæredi permittitur, id quod minimum est, præstare. 2. de facti incertitudine sic statuitur, Quod actus vitiatur, ex omissione temporis, vel loci. 1. Ex omissione temporis, quando ejus qui convenit, interest certo tempore fieri, & si alio tempore fiat, frustra fiat. 2. Omissionem loci; quia si locus adjectus non sit, fieri potest in loco alieno, in quo ei qui convenit nullum erit commodum. 3. De incertitudine ex obscuritate verborum statuitur, Quod obscurum est, aut quod omnino intelligi non potest, aut quod dubium est. 1. Obscurum quod omnino intelligi non potest actum vitiatur, l. 73. *D. de Reg. Juris.* 2. Quod est dubium sustineri potest ex benigna interpretatione juris, l. 192. *S. 1. D. eod.* utpote ex affectione producentis, l. 168. *D. eod.* 2. Ex eo quod favorabile est, ut libertas, l. 179. *D. eod.* 3. Ex eo quod est verisimilius, l. 114. *D. eod.* 4. De incertitudine ex ambiguitate verborum statuitur. Quod aut contingit circa conventionem, aut circa testamentum. 1. Si contingat circa conventionem, aut quæritur. 1. An conventio valeat, aut 2. An si valeat, quem sensum sequi oporteat? Si quærat an conventio valeat, aut res de qua convenit, est ambigua, aut rei summa, aut tempus, aut locus, quo præstanda est, est ambiguus. 1. Si res sit ambigua, & stipulator de una, promissor de alia sensit, & prober, stipulatio non valet, l. 83. *D. de verb. oblig.* Si summa rei, aut tempus, aut locus præstationis ambiguitatem habent, contractus valet, quia contrahentes, in id quod minus est consentire intelliguntur. 2. Si conventio valeat, & quærat, quem sensum sequi oporteat, cautio prima est, quid actum sit. l. 35. *D. de Reg. Juris.* 2. Si de eo non constet, videndum quid sit verisimilius, l. 114. *D. eod.* 3. Quomodo verbum ambiguum

in

94 *Questionum Juris Civilis*

in ea regione usurpetur. *l. eod.* 4. ut interpretario fiat contra eum qui dicere potuit apertius. *l. 1. D. de Paſſis.* 2. Si contingat ambiguitas verborum, circa testamentum. 1. Id quod ambigue ſcriptum eſt, benigne interpretandum eſt, ut actus magis valeat, quam pereat. *l. 21. D. de rebus dubiis.* 2. Exquirenda eſt conſuetudo teſtatoris, & regionis. 3. Spectanda eſt perſonæ qualitas, & teſtatoris erga eum affectio. 4. Ut ſalvum ſit legatum, id quod minimum eſt, ab hærede præſtari poteſt.

Vid. *De incertitudine reſpectu corporis, & Quantitatis, & facti* Donellum *comment. lib. 15. cap. 1. De obſcuritate verborum;* Jacobum Gotofredum *ad l. 9. Et cæteros, D. de reg. Juris, Dymum ad cap. In obſcuris, nu. 6. Extr. de reg. Juris in 6. De ambiguitate verborum, Donellum ad l. 21. & 24. D. de rebus dubiis, Vinnium de Paſſis cap. 20.*

Q U Æ S T. VII.

An cum id quod principale eſt, non conſiſtit, id quod acceſſorium eſt, locum habere poſſit?

Quod non,

1. **C**UM principalis cauſa, *inquit Paulus,* non conſiſtit, nec ea quæ ſequuntur, locum habent. *D. 50. 17. 129.*
2. Quæ acceſſionum locum obtinent, *inquit Gaius,* extinguuntur, cum principales res peremptæ ſunt. *D. 33. 8. 2.*

3. Dotis

3. Dotis appellatio, *inquit Ulpianus*, non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere non possunt, Neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. *adde l. 1. C. de conditione ob causam datorum. D. 23. 3. 3.*

4. Usus fructus, *inquit Celsus*, est jus in corpore, quo sublato, ipsum tolli necesse est. *add. l. 21. D. quibus modis usus fructus amittatur. D. 7. 1. 2.*

5. Generaliter, *inquit Ulpianus*, quoties pactum à jure communi remotum est, hoc servari non oportet, nec jusjurandum, ad hoc adactum. *adde l. 112. D. de legat. 1. l. 5. C. de legibus. D. 2. 14. 7. S. 7.*

6. A Titio, *inquit Marcellus*, Qui mihi ex testamento sub conditione decem debuit, fidejussorem accepi, & ei hæres extiti, deinde conditio legati extitit, Quæro an fidejussor teneatur? *Resp.* Non potes habere fidejussorem obligatum, quia nec reus est, quoquo debet, sed nec res ulla, quæ peti potest. *D. 46. 1. 38.*

7. Illi, *inquit Justinianus*, qui principali actione, per exceptionem triginta, aut quadraginta annorum, exciderunt, non possunt super usuris, vel fructibus præteriti temporis, aliquam movere quæstionem, &c. Principali enim actione non subsistente, satis super vacuum fuerit, super usuris, vel fructibus judicem cognoscere. *C. 4. 32. 26.*

8. Nihil, *inquit Ulpianus*, in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, & liberis suis, *inquit Justinianus*, Pater testamentum facere non potest, nisi & sibi faciat; Nam Pupillare testamentum pars est, & sequela paterni testamenti, adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit. *D. 3. 1. 1. S. fine. I. 2. 16. S. 5.*

9. Penu certa, *inquit Marcianus*, cum vasis certis legata & consumpta, nec vasa quidem legato cedunt, exemplo peculii. Nam quod liquidæ naturæ est, *inquit Paulus*, quia per se esse non potest, rapit

96 *Quaestionum Juris Civilis*

rapit secum in accessionis locum, id sine quo esse non potest, vasa autem accessio legatae penus, legata non sunt, &c. D. 33. 4. 2. D. 33. 9. 4.

Quod sic,

1. Fundi usu fructu legato, *inquit Ulpianus*, si villa diruta sit, usus fructus non extinguatur, quia villa fundi est accessio. Quid tamen, *inquit*, si fundus villae fuit accessio, videamus an (Si villa diruta sit) usus fructus extinguatur, & idem dicendum est, ut non extinguatur. D. 7. 4. 8. D. 7. 4. 10.

Resp. Quod villa diruta, usus fructus fundi non extinguatur, quia villa non minus, quam usus fructus fundi fuit accessio, & quamvis fundus esset villae accessio, villa diruta usus fructus non extinguatur, quia usus fructus non in villa, sed in fundo ipso fundatur, & proinde manente fundo usus fructus fundi manet.

2. Si sublatum sit aedificium, *inquit Paulus*, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie, & qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur, id est, idem quoad jus stillicidii. D. 8. 2. 20. S. 2.

Resp. Quod jus stillicidii non extinguatur, cum aedificium tollitur, animo, & intentione aliud aedificium, eadem forma & conditione reponendi, nam cum idem cum priore intelligatur, eadem servitus stillicidii, manere intelligitur, Sed penitus sublato aedificio, *inquit ibidem Paulus*, usus fructus interit, quamvis area sit pars aedificii.

3. Si pupillus, *inquit Gaius*, sine tutoris auctoritate compromiserit, si contra eum pronuntietur, poena non tenetur, praeterquam si fidejussorem dederit a quo poena peti possit. Ubi fidejussoris obligatio valet, licet rei principalis nulla sit obligatio. D. 4. 8. 35.

Resp.

Resp. Quod fidejussor, pro Pupillo tenetur, non quod ejus obligatio sit accessoria, sed principalis, & sola, suo duntaxat periculo contracta, cum ex illa Pupilli compromissione, nec civilis, nec naturalis obligatio oriatur, sed imaginaria tantum, & de facto, ut teste Petro Fabro, DD. loquuntur.

4. Si Lyfias, inquit Severus, & Antoninus Imp. adempta parte bonorum exulare jussus est, non nisi pro parte quam retinuit, creditoribus obligatus est, verum ii, qui pro eo fidem astrinxerunt, in solidum convenire possunt. C. 8. 41. 1.

Resp. Quod in hoc casu fidejussores in solidum jure pristino (inquit Imp.) conveniri possunt, quia pristina obligatio, pro parte bonorum contra exulem valuit, pro parte altera in fiscum, qui in ejus locum successit, translata est, & cum obligatio prior durat, obligatio fidejussorum extingui non potest.

5. Et si, inquit Diocletianus, & Maxim. Is qui prædium rusticum minoris distraxit, curatoris officio functus id fecit, venditio tamen contra Divi Severi orationem facta, Præsidis sententia non immerito rescissa est. Pignora tamen quæ ob evictionis periculum idem curator ex bonis propriis tibi obligavit, persequi non prohiberis. C. 5. 71. 9.

Resp. Si ex rebus minoris pignora constituta fuissent, sicut venditio illegitima prædii ejus est rescissa, ita & ejus pignora liberarentur, ea vero quæ curator ex bonis propriis, ob evictionem, suo periculo dedit, quia diversæ sunt conditionis, obligata remanent.

6. Intelligere debes, inquit Gordianus Imp. personali actione sumnota, Pignoris vincula durare. C. 8. 31. 2.

Resp. Accursius. Quod personali actione per præscriptionem triginta annorum sublata, durat actio hypothecaria, quæ non tollitur, nisi præscriptione quadraginta annorum, secus esset si personalis

98 *Quaestionum Juris Civilis*

nalis actio pacto, jurejurando, re judicata, vel quo alio modo, præterquam præscriptione, sublata esset, nam & actio hypothecaria tolleretur, *l. 5. in fine* & *16. D. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, Donellus vero audacter affirmat, pro vincula pignorum durare, legendum, vincula pignorum non durare, idque ex verbis *Gordiani*, & more *Imp. de jure respondentium*, colligi posse. Nam *Gordianus*, Intelligere, inquit, debes, quasi consultorem reprehenderet, quia de ea re consuluerit, de qua dubitare non debuit, At nemo unquam dixit, Jus certum esse pignus durare, personali actione sum-mota, cum potius notum, & certum sit, contrarium, Deinde quod *Impp. cum consuluntur de aliqua facti specie*, de qua potest esse dubitatio, non solent in Universum sed cum limitatione, vel distinctione respondere; *l. 15. C. de Transactionibus l. 8. C. de Impub. & aliis substitutionibus.*

7. Cum Mater, inquit *Paulus*, filium militem decessisse falso audisset, & testamento alios hæredes instituisset, *Divus Hadrianus* decrevit, hæreditatem ad filium pertinere, ita tamen ut libertates, & legata præstentur. *D. 5. 2. 28.*

Resp. Quod filiis à matre præteritis duplex remedium compete-bat, scil. Quærela inofficiosi testa-menti, & actio in specie, ex præsumpta voluntate matris, *l. ult. D. de hæredibus instituendis*, unde cum inofficiosum testamentum arguitur, quasi ab insana factum, nihil, inquit *Paulus*, in eadem lege ex eo testamento valet, cum vero ex præsumpta matris voluntate hæreditas disponitur ex eadem præsumpta voluntate legata sustinentur.

8. Si testator, inquit *Celsus*, ancillas omnes & quod ex his natum erit legaverit, una mortua, *Servius* partum ejus deberi negat, quia accessionum loco legatus sit, Quod falsum puto nam nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata est hæc sententia. *D. 30. 1. 63.*

Resp.

Resp. Quod ancilla, & id quod ex illa natum erit legato, duo sunt separata legata, ut in l. 3. D. de Peculio legato, Nec partis ancillæ, (quod Servius censuit,) ancillæ est accessio, Quia pars ancillæ in fructu non est, Cum absurdum habeatur hominem in fructu esse, cum hominum gratia natura omnes fructus comparaverit.

9. Si homo, inquit Paulus, ex stipulatu petitus post litem contestatam decesserit, placet absolutionem non faciendam, sed fructuum rationem habendam, & homine mortuo, inquit idem, necessaria est sententia, propter fructus. D. 42. l. 8. D. 6. l. 16.

Resp. Quod etsi promissor, rem promissam, sine culpa sua extinctam, præstare non tenetur, fructus tamen qui ex ea re, post litem contestatam, ab eo percepti sunt, vindicari possunt, quia nihil impedit quo minus promissor præstare possit, & cum litis contestatione in mora constitutus sit, eos saltem præstare debet, & quoad hos fructus sententia condemnatoria est necessaria.

De hac quæstione ita statui potest, Quod Principale, aliud proprie dicitur, cui aliquid accedit, aliud improprie, à quo aliud pendet, prioris generis sunt personæ. Ut uxor cui dos, servus cui peculium accedit, res ut penus cui vasa, & fundus cui instrumenta rustica comparata sunt, & negotia ut obligationes quarum gratia fidejussores, & pignora adhibentur, posterioris generis sunt Prædium à quo servitus, & testamentum à quo legata pendent, Quæ proprie principalia sunt, sive personæ, sive rei, sive negotia, Accessoria eorum conditionem omnino sequuntur, sive ab initio non constituerint, sive postea quovis tempore defecerint, Quod improprie principale est, id vel à natura constitutum est, ut sine eo aliud esse non potest, ut fundus respectu usus fructus, & eo sublato, quod ab eo pendet simul tollitur, vel ex voluntate hominis ita constitutum est,

100 *Questionum Juris Civilis*

ut aliud ab eo pendeat, ut testamentum respectu legatorum, & jure antiquo, Si testamentum ab initio nullum, vel inofficiosum fuit, nihil in eo relictum valuit, si postea ruptum, vel irritum fiat, una cum testamento etiam libertates, & legata corruunt, jure vero posteriori, & favorabili sustinentur, *C. de Liberis præteritis. Auth. Ex Causa, & Novell. Constitut. 115. cap. 3.*

Vid. Petrum Fabrum. Jac. Gorosfredum & alios ad l. 129. D. de Reg. Jur. Dynum, Peckium & alios ad cap. 42. Extr. de Reg. Juris in 6. Donellum comment. lib. 16. cap. 26. de Accessionibus obligationum.

QUÆST. VIII.

An in eo quod actum est utile per inutile vitietur?

Quod non,

1. **Q**UID si duo tutores, inquit *Ulpianus*, alter verus, alter falsus auctoritatem accommodaverit? nonne valebit quod gestum est? *D. 27. 6. 1. S. 3.*

2. Proprium solum, inquit *Favolenus*, vendo, an servitutem talem injungere possum, ut mihi, & vicino serviat? Responsum est, Servitutem recipere, nisi sibi, nemo potest, Adjectio itaque vicini supervacua habenda est, ut tota servitus ad eum qui recepit pertineat. *D. 8. 4. 5.*

3. Placuit, inquit *Martianus*, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit, sive usuras usurarum, quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi, & licitas usuras peti posse. *D. 22. 1. 19.*

4. Si

4. Si mihi, inquit Ulpianus, Pamphilum stipulanti tu Pamphilum & Stichum spondideris. Stichi adjectionem pro vacua habendam puto. Nam si tot sint stipulationes, quot sunt corpora, duæ quodammodo sunt stipulationes, una utilis, alia inutilis, neque utilis per inutilem vitiatur. D. 45. 1. 1. S. 5.

5. Si ita stipulatus fuero, inquit Paulus, te fisti, & nisi stiteris, aliquid dari, quod promittenti impossibile est, detracta secunda stipulatione, prior manet utilis, ac perinde erit, ac si te fisti solum stipulatus essem. D. 45. 1. 26. in fine.

6. Si servus alienus, inquit Paulus, liber esse iustus, & legatus sit, peti eum ex legato posse; Nam cum libertas nullius momenti sit, absurdum esset, per eam, legatum infirmari, quod alioquin valeret, si solum datum fuisset. D. 30. 1. 108. S. 9.

7. Quædam mulier, inquit Idem, à Judice appellaverat, quod diceret eum in dividenda hæreditate inter se, & cohæredem, non tantum res, sed & liberos divisisse, & Alimenta quæ certis libertis testator dari jussisset, nullo enim jure id eum fecisse. Ex diverso dicebatur, eos divisioni consensisse, & alimenta, multis annis secundum divisionem præstita fuisse. Placuit standum esse alimentorum præstationi, sed libertorum divisionem nullam esse. Eodem tendunt, l. 9. S. 4. D. de rebus Credit. l. 11. D. de constituta pecunia. l. 34. C. de donationibus, l. 17. C. de Testamentis. D. 10. 2. 41.

Quod sic,

1. Si in Titium, & servum, inquit Julianus, compromissum sit, nec Titi in cogendum sententiam dicere, quia cum alio ceperit. D. 4. 8. 7. S. 1.

Resp. Quod cum in duos, tanquam unam personam compromissum est, alter sine altero arbitrium

102 *Questionum Juris Civilis*

proferre non potest, & proinde, cum servus sententiam dicere jure non potuit, nec *Tunus* cogendus erat, solus sententiam dicere.

2. Siquis, *inquit Ulpianus*, Aquæ, quam hoc anno ducebat, aliam aquam admiscuerit, quæritur an impune prohiberi possit? & extat *Ofilius* sententia, existimantis, recte eum prohiberi, sed eo loco, in quo primum aliam aquam in rivum admisit, sed *Calius* eum in tota aqua recte prohiberi, ait, Et ego, *inquit, Calio* assentio, non posse dividi, quia non potest in una parte vis fieri, ut non in tota aqua fiat. D. 43. 20. 1. S. 17.

Resp. Quod *Ofilius* censuit eum prohibendum in ea tantum parte aquæ, quam ei ducere non licebat, *Calius* vero, cui assentit *Ulpianus*, quoad totam aquam prohibendum statuit, quia aqua dividi non potuit, nec una pars ab altera separari, secus esset si aqua dividi, aut separari potuisset.

3. Cum amplior numerus pecorum, *inquit Ulpianus*, ad aquam adpellitur, quam adpelli debeat, *Trebatius* dicit, unumsum pecus impune posse prohiberi, quia pecus junctum ei pecori, cui adpullus debetur, totum pecoris adpullum corrumpit. D. 43. 20. 1. S. 18.

Resp. Quod hæc fuit *Trebatii* opinio, *Marcellus* vero in eadem lege, ait, Siquis jus habens pecora adpellendi plura adpulerit, non in omnibus pecoribus prohibendum esse, quod verum est, *inquit Ulpianus*, quia pecora separari possunt.

4. Plerumque, *inquit Ulpianus*, propter morbosâ mancipia, etiam non morbosâ redhibentur, id est, cum servi sani, una cum morbosâ, venduntur, non minus sanorum, quam morbosorum venditio rescinditur. D. 19. 2. 35.

Resp. Quod verum est, hoc aliquando contingere, ex causâ necessaria, prout sequitur in eadem lege, scil. cum mancipia, sive servi, sine incommodo separari non possunt, ut cum parentes, simul
cum

cum liberis, venditi sunt, non sine offensa pietatis separatio fieri potest & proinde retentis liberis, parentes redhibendi non sunt, nec liberi retentis parentibus.

5. Si centum debens, *inquit Ulpianus*, quasi ducenta deberet, fundum ducentorum solverit, conditio rei integra competit, & in centum stipulatio manet. *D. 12. 6. 28. S. 4.*

Resp. Quod in eadem lege *Marcellus* rationem reddit, Quia si ex falsa opinione quantitatis debitæ, res majoris pretii sit soluta, non fit confusio partis rei, cum pecunia, Nemo enim invitus compellitur ad communionem, Sed etsi conditio rei integra competit, obligatio manet incorrupta, & fundus retinetur, donec pecunia debita solvatur.

6. Novatione, *inquit Justinianus*, Obligatio tollitur, adeo ut interdum, etsi posterior obligatio sit inutilis, Prima novatio jure tollitur, veluti, Si id quod tu *Titio* debes, *Titius* à pupillo, sine tutoris autoritate, stipulatus fuerit, quo casu res amittitur, Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. *I. 3. 29. S. 7.*

Resp. Quod novatio est, uti tradit *Ulpianus*, in *l. 1. D. de novat.* prioris debiti in aliam obligationem civilem, vel naturalem transfusio, atque translatio, & quemadmodum non respicitur, qualis obligatio præcessit, ita sufficit si sequens obligatio valeat, aut naturaliter, aut civiliter. Et si pupillus, sine tutoris autoritate, promiserit, quamvis non civiliter, naturaliter tamen obligatur, & hujusmodi obligatio, ibi dicitur nulla, quia ex ea nulla est actio, aut petitio, Et hoc ex eo apparet, quod ibi *Justinianus* tradit. Siquis quod alter debuit, à servo stipulatus fuerit, prior obligatus manet, perinde ac si nulla postea stipulatio intervenisset, Quia ex servi promissione nec civilis, nec naturalis obligatio oritur.

104 *Questionum Juris Civilis*

7. Illud, inquit *Ulpianus*, commune est universis, qui pro aliis obligantur; Quod si fuerint in duriorē causam adhibiti, placuit eos, omnino non obligari, etsi summæ in quibus obligati sunt, sint divisibiles. *D. 46. 1. 8. S. 7.*

Resp. Quod etsi in sua natura, pecuniarum summa sit divisibilis, summa tamen in qua fidejussor obligatur, ex forma juris habetur indivisibilis; Quia lex ita statuerit, in majori summa fidejudentem non omnino, (id est, in nihilo,) obligari. *D. 10. 2. 27.*

8. In judicio familiæ erciscundæ, inquit *Faulus*, condemnationes, & absolutiones in omnium personis faciendæ sunt, & ideo si in alicujus persona condemnatio sit omiſsa, in cæterorum quoque personis, quod Judex fecit, non valebit, quia non potest in uno Judicio, res judicata in partem valere, in partem non valere, *Contra l. 41. D. eod.*

Resp. Quod in Judicium familiæ erciscundæ (id est, hæreditatis dividendæ) veniunt aliquando res, aliquando Præstationes personales. Res veniunt, quando bona, pecora, supellestilia, in divisionem deduci petuntur; Præstationes personales, quando petitur, ut quod unus hæredum in hæreditatem utiliter impenderit, id ei à cohæredibus resarciatur, vel ut siquid cohæres in hæreditate, dolo, aut culpa commiserit, id cohæredibus, pro eorum partibus, & interesse, præster. Si in Judicium familiæ erciscundæ res duntaxat, aut res præcipue deducantur, potest sententia pro parte valere, pro parte non valere ut in *l. 41. D. familiæ erciscundæ*. Cum vero in idem judicium, Præstationes personales deducantur, quæ à cohæredibus, petitæ sunt, Judex debet de omnibus in eadem sententia pronuntiare ut in *l. 27. D. eod.* in qua apparet, quod *Faulus*, de præstationibus personalibus agit, Quia, si de rebus in judicio tractatum fuisset, adjudicationis, & condemnationis mentio habita fuisset. In hoc autem

tem casu condemnationum & absolutionum mentionem facit, quod satis indicat, non de rebus, sed de Præstationibus personalibus hoc iudicium institutum fuisse. ita Guiacius *Observat. lib. 12. cap. 1. quem sequitur Vinnius quest. lib. 1. quest. 38.*

De hac quæstione, Dynus sic distinguit. 1. Quod aliquando duo sunt concurrentia ad confirmationem ejusdem actus, quorum unum est utile, alterum inutile, & tunc si unum per se sufficiat valet quod agitur, l. 1. *D. de falso tutore*, si unum non sufficiat, ad sustinendum actum, sed utrumque requiratur, quod agitur non valet, ut in l. 7. *D. de receptis Arbitris*. 2. Aliquando unum solum est factum, commixtum ex utilibus, & inutilibus, & tunc, aut utile ab inutili separari potest, & utile per inutile non vitiatur, l. 29. *D. de usuris*, aut non potest separari, & utile per inutile vitiatur, l. 1. *S. 17. De aqua quotidiana & l. 8. S. 7. D. de fidejussoribus*. 3. Aliquando sunt plures actus distantes, & separati, quorum secundus accedere videtur, ad revocationem primi, & tunc, si secundus sit aliquo modo utilis, à secundo primus tollitur, *Instit. Quibus modis obligat. tollitur. S. 3.* aut, secundus omnino est inutilis, & tunc à secundo non tollitur primus. *Instit. eod. S. ead.*

Q U Æ S T. IX.

An quod ab initio valuit, ex defectu superveniente invalidum fiat.

Quod non,

1. **N**ON est novum, *inquit Paulus*, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet in eum casum incideriat à quo incipere non potuerunt, eod. tendit. *cap. 73. Exer. de reg. Juris in 6. D. 50. 17. 85. S. 1.*

2. Furor, *inquit Gaius*, quod sponsalibus impedimento fit, plusquam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat. *D. de ritu nuptiarum l. 16. similiter. D. 23. 1. 8.*

3. Si quæ mihi uxor fuit, *inquit Ulpianus*, nupsit Seio, quem ego postea arrogavi, nuptiæ incestæ non sunt. *D. 23. 2. 12.*

4. Pro parte domini, *inquit Modestinus*, servitus acquiri non potest, Per partes tamen, *inquit Paulus*, servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterat. *D. 8. 1. 11. & 18.*

5. Stipulari viam, iter, aut actum, *inquit Paulus*, ad fundum communem, Socius non potest, & tamen, si is qui stipulatus fuerat, duos hæredes reliquerit, (unde fundus fit communis) stipulatio non extinguitur. *D. 45. 1. 40.*

6. Surdus, mutus, *inquit Gaius*, testamenta facere non possunt, sed si quis post testamentum facrum valetudine, aut quo alio casu, mutus, aut surdus esse cæperit, nihilominus testamentum permanet. *D. 28. 1. 6. 1.*

7. Furiosi, *inquit Justinianus*, si per id tempus, quo furor eorum intermissus est, testamentum fecerint, jure testati esse videntur, Certe eo quod ante furorem fecerint, valente, Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte

recte gestum, furor postea interveniens perimit.

L. 2. 12. 1. —

8. Si dies aut conditio, inquit *Papinianus*, legatum fecerit, (id est, si debitum in diem, vel sub conditione debitori pure legatum sit) non utilitatis æstimatio, sed totum petatur, quod datum est, Nec si vivo testatore, dies venerit, aut conditio impleta fuerit, irritum erit, quod semel comperit. *D. 35.*

2. 5.

Quod sic,

1. *Marcellus* ait, multorum esse opinionem, ea quæ recte constituta sunt resolvi, cum in eum casum reciderint, à quo incipere non potuerunt, & *Paulus* ait, quod placuit obligationem extinguí si in eum casum inciderit, à quo incipere non potuit. *D. 45.*

1. 98. D. 45. 1. 140.

Resp. Quod *Marcellus* in ea lege, Casum proponit, cui jus contrarium esse statuit, etsi agnoscat pro eo facere opinionem eorum, qui sentiunt, Ea quæ recte constituta sunt resolvi, cum in casum reciderint, à quo incipere non potuerunt, & *Paulus* quod tradit, non in omnibus verum esse dicit, idque ostendit in stipulatione viæ ad fundum proprium, qui postea duobus hæredibus relictis eorum communis fit.

2. Pro parte domini, inquit *Modestinus*, Servitutem acquiri non posse vulgo traditur, & ideo si quis fundum habens viam stipuletur, & postea partem fundi alienat, corrumpit stipulationem. *D. 8. 1. 11.*

Resp. Quod aliud est, viam ad fundum stipulari, aliud viam ad fundum constitutam habere, quia illud jus imperfectum, hoc jus perfectum est. Et proinde si pars fundi post stipulationem, antequam constituta sit, alienata sit, stipulatio viæ ad fundum est inutilis, quia effectum capere non potest, cum jam fundus sit cum alio communis, Quod si via ad fundum constituta esset, etsi pars ejus alienata sit, jus viæ permaneret.

3. Rem

108 *Questionum Juris Civilis*

3. Rem sacram, *inquit Paulus*, vel religiosam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor, sed & si quis rem prophanam, aut Stichum dare promisit, si sine facto ejus, res prophana sacra esse ceperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit, liberatur, quod & confirmat Justinianus, *Institur. de Inutil. stipul. S. 2. D. 45. 1. 83.*

Resp. Quod res quæ non sunt in commercio, iis quæ non sunt in natura comparantur, & sicut is, qui hominem promisit, eo mortuo liberatur, quia impossibilis est præstatio, ita qui servum, qui sine facto ejus fit liber, aut rem prophanam promisit, quæ postea autoritate publica fit sacra, quasi ad impossibile præstandum non tenetur.

4. Si cui, *inquit Gaius*, aqua & igni interdictum sit, ejus testamentum non valet, quod ante fecit cum ei testamentum facere licuit, & irritum fit testamentum, *inquit Ulpianus*, quoties testatori aliquid contigit, ut puta, si civitatem amittat. *D. 28. 1. 8. D. 28. 3. 6. S. 5.*

Resp. Quod testamenti jus, est in pendenti, quamdiu testator vivit, aut donec aliquis hæreditatem adiit, & qui delicto suo, pœnam incurrit, ex qua jure suo & bonis privatur, in ea est conditione, ac si testamentum abrogasset, & cum nihil relinquit, non est in quo quis hæres existat, & ex eo etiam testamentum corrui.

5. Testamento facto, *inquit Papinianus*, Titius arrogandum se præbuit, ac postea sui juris effectus, vita decessit, Si scriptus hæres bonorum, possessionem petat, Exceptione submovebitur, Quia testator dando se arrogandum, cum capite fortunas suas quoque, in domum, & familiam alienam transtulit. *D. 37. 11. 11.*

Resp. Quod testator qui se, & fortunas suas in familiam alienam arrogando transtulit, testamentum prius factum, non minus irritum facit, quam si ob crimen, civitate amissa, bona ejus ad fiscum devoluta

devoluta essent, quod si juris sui effectus, de bonis postea acquisitis testamentum condidisset, ex eo hæres bonorum possessionem petere potuisset. *D. 34. 8, 3.*

6. Si servo alieno, *inquit Martianus*, quid legatum sit, & is postea à testatore redemptus sit, legatum extinguatur, Nam quæ in eum casum perveniunt à quo incipere non potuerunt, pro non scriptis habentur. *D. 34. 8. 3.*

Resp. Quod in hoc casu, legatum extinguatur quia inutile redditur, nam quamvis legatum servo alieno valuit, quia ad domini ejus commodum cedere potuit, cum is servus à testatore est redemptus, id legatum, nec in ejus, nec in hæredis commodum cedere potuit, quia nec à se, nec ab hærede suo peti potuit.

7. Debitor, *inquit Paulus*, Creditori decem legavit, quæ ei post annum sub pignore debebat, Si vivo testatore annus superveniat, dicendum est inutile esse legatum, quamvis ab initio constitit, quod contrarium est ei quod tradit Papinianus, *in l. 5. D. ad l. Falcidiam & Justinianus*, *Pauli* sententiam ita explicat, Si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quod si in diem, vel sub conditione debitum, ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem, Quia legatum statim post mortem debetur, non expectato die, vel conditione, Secus est si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit. *D. 31. 1, 82. I. 2. 20. S. 44.*

Resp. Quod *Justinianus* eodem loco *Papiniani* sententiam magis probat, quam *Pauli*, cum dicat quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, *Papinianus* scripsit, nihilominus utile esse legatum, quod & verum est, *inquit*. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere
non

nōn potuit, *Julius Pacius* vero contrarias *Pauli*, & *Papiniani* sententias sic conciliandas censet, Quod *Paulus* loquitur de legato decem, id est, de certa summa legata, cujusmodi legatum, eo casu esset inutile, quia pro ea summa, actio personalis tantum, creditori competit, quæ antea ex contractu ei competebar, & eo respectu, legatum erat inutile, quia nihil amplius in legato, quam in debito erat, *Papinianus* vero intelligi potest de legato corporis, vel speciei debitæ, pro quo præter actionem personalem, quæ ex contractu creditori competit, ex testamento datur etiam de legato actio realis, scil. rei vindicatio, & cum plus cautionis in rem sit, quam in personam, eo respectu utile est legatum, quia amplius est in legato quam fuit in debito.

De hac quæstione, *Bartolus* sic distinguit.

Quod defectus supervenit, aut respectu causæ efficientis, aut respectu materiæ. 1. Si sit defectus respectu causæ efficientis, aut actus est perfectus, & consummatus, & ex defectu personæ superveniente, non vitatur, l. 8. D. de sponsalibus & l. 12. D. de ritu nuptiarum aut actus non est perfectus, & tunc aut defectus supervenit sine delicto, & dispositio non vitatur, l. 18. D. Qui testamentum facere possunt, aut supervenit ex delicto, & tunc dispositio vitatur, l. 18. S. 1. D. eodem & l. 6. S. 5. D. de injusto, rupto irritum. 2. Si defectus superveniat respectu rei, vel materiæ, quodcumque supervenit, actus vitatur, l. 83. S. Sacram D. de verborum obligationibus.

Vid. *Bartolum* ad l. 140. D. verb. obligation.

Hotomannum quest. illust. 27. *Fabrum*, *Grotfredum* & alios ad l. 85. D. de reg. Juris, *Dynum*, *Pechium* & alios ad cap. 73. ext. de reg. Juris in 60. præcipue *Donellum* plane, & perspicue differentem, ad l. 140. D. de verb. obligat.

QUEST. X.

*An quod ab initio fuit invalidum, postea
possit convalescere?*

Quod non,

1. **Q**UOD ab initio vitiosum est, inquit *Paulus*, non potest tractu temporis convalescere. D. 50. 17, 29.

2. Rem sacram, aut religiosam, inquit *idem*, vel usibus publicis, in perpetuum relictam, aut hominem liberum, inutiliter stipulor, quamvis res sacra prophana fieri, & usibus publicis relictam in privatos usus converti, & ex libero servus fieri potest. D. 45. 1, 83. *§ 5.*

3. Ad rem non pertinet, inquit *Javolenus*, quod jus mutari potest, Non enim secundum jus futuri, sed secundum jus presentis temporis, stipulatio estimari debet. D. 45. 1, 137. *§*

4. Si ego, inquit *Paulus*, Titio, qui rem meam sine voluntate mea obligaverat, heres extitero pignoris persecutio creditori concedenda non est, Neque enim sufficit ad competendam utilem actionem pignoratitiam, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet, id est, pignus rei alienae, etsi rei dominus pignoranti succedit non convalescit. D. 13. 7. 41.

5. Omnia quae ex testamento proficiuntur, inquit *Javolenus*, ita statim eventus capiunt si initium quoque, sine vitio habere ceperint. D. 50. 17, 29. *201.*

6. Si filiusfamilias, inquit *Modestinus*, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut servus liber factus decesserit. D. 28. 1, 19.

7. Quae

7. Quæ ab initio, inquit *Licinius Rufinus*, inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest. *D. 28. 1. 19.*

8. Cum aliquis facto testamento, inquit *Julianus*, militare cæperat, id testamentum, si legerit, ac rursus suo signo signaverit, militiæ tempore factum intelligitur, Quod si nihil horum inciderit testamentum ejus ad privilegia militum non pertinebit. *D. 27. 1. 20 § 1.*

9. Si jussu meo, inquit *Paulus*, cum servo alieno contractum fuerit eumque postea redemero, Actione quod jussu non tenebor, Ne actio quæ ab initio inutilis fuit, eventu confirmetur, eodem tendit, *l. 17. D. de furtis. D. 5. 4. 2. §. fin.*

Quod sic,

1. Minorem duodecim annis nuptam, ait *Pomponius*, tunc legitimam fieri uxorem, cum apud virum duodecim annos explevit. *D. 23. 2. 4.*

Siquis, inquit *Ulpianus*, in Senatorio ordine agens libertinam uxorem habuerit, quamvis interim uxor non sit, in ea tamen conditione est, ut si amiserit dignitatem, uxor ejus esse incipiat. *D. 23. 2. 27.*

Et si contra mandatum, inquit *Paulus*, contractum sit matrimonium (à Præside scil. in Provincia) tamen post depositum officium, si mulier in eadem voluntate perseveret, justas nuptias effici. *D. 23. 6. 69.*

Resp. Quod impedimenta ætatis, dignitatis & officii, quoad nuptias, & matrimonium erant temporaria, quibus cessantibus inter easdem personas nuptiæ & matrimonium intervenire potuerunt, sed ex eodem consensu continuato, vel novo superveniente; Id autem matrimonium, quod ab initio fuit contractum, non convalescit, nam quamdiu quis in Senatoria dignitate manebat, interim libertina uxor ejus non erat, & deposito Præsidis officio; si Præsides & mulier, inquit *Pomponius*, in eadem voluntate perseverent, liberi postea nati legitimi habendi, quasi liberi antea suscepti legitimi non essent.

2. Oratione

2. Oratione Divi Marci, inquit *Ulpianus*, continetur fas esse eum qui donavit, (virum scil. aut uxorem,) pænitere, id est, quod donavit, revocare) hæredem vero eripere, forsan adversus ejus voluntatem, qui donavit, durum & avarum, esse, unde infertur, quod donatio ab initio invalida, morte donantis convalescit. *D. 24. 1. 22. 32. 2 -*

Resp. Quod imperator hac oratione rigorem juris, quo donationes inter virum, & uxorem fiunt irritæ, mitigandum censuit, ex aliqua quasi præsumptione, quod vir, aut uxor qui tempore vitæ, rem donatam non revocavit, eandem ex suprema voluntate (quod licitum erat) confirmare, aut denuo donare veller, unde inhumanum esset hæredem eorum voluntati contravenire.

3. Rem alienam, inquit *Paulus*, pignori dedisti, deinde dominus ejus rei esse cæpisti, datur utilis actio pigneratitia creditori, unde pignus initio invalidum ex post facto convalescit. *D. 13. 7. 41.*

Resp. Quod cum qui rem alienam pignori dedidit, ipse ejusdem rei dominium acquisivit, datur utilis actio pigneratitia creditori, quia ut in eadem lege ait *Paulus*, improbe resisteret quo minus utilis actio moveretur, cum ex suo mendacio, rem alienam quasi suam pignorantis, redargueretur, secus est si dominus rei, debitori qui pignoravit hæres existeret.

4. Si Titio, inquit *Modestinus*, qui rem meam me ignorante creditori suo pignori obligaverit, hæres extitero, ex post facto quidem pignus non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori, quod directe contrarium est, ei quod tradit *Paulus* in eadem l. 4. *De pignerat. actione. D. 20. 1. 22.*

Resp. Quod ad eas leges conciliandas variæ traduntur interpretum, & doctorum opiniones. 1. *Con- natus, Donellus, & alii Accursium* secuti, censent, quod cum *Paulus* dicat, utilem actionem creditori non competere, intelligendus sit de utili actione hypothecaria directa, quæ est rei persecutoria, *Modesti-*

114 *Questionum Juris Civilis*

nus vero intelligendus sit de utili actione pignoratitia contraria, quæ est actio personalis ad interesse, vel ad aliud æque bonum pignus consequendum, qualis actio ut in debitorem competebat, ita in quemlibet ejus hæredem competit, vel cum rei dominus sit hæres, ad jus pignoris in eadem re constituendum. 2. Alii inter quos *Bronchurstus* distinguendum censet inter creditorem scientem, & ignorantem, si scivit rem fuisse alienam, difficilius creditori confirmatur pignus, ait *Pomponius*, in l. 1. D. de pignor. Si vero creditor ignoravit rem esse alienam ex æquitate utilis persecutio exemplo pignoratitiæ creditori datur, prout respondent *Imp. Dioclet. & Max. 2. l. 5. C. si aliena res pignor.* & in priori casu *Paulum* posteriori *Modestinum* intelligendum. 3. Alii in quibus præcipuus est *Hermannus Vultei* distinguunt, inter obligationem rei alienæ, Domino rei ignorante, & prohibente, & domino ignorante tantum & quod *Paulus* negat utilem actionem dari contra hæredem ejus contra cujus voluntatem res pignorata est, *Modestinus* vero concedit, quia res dominus solum ignorans fuit, & in hac opinione *Paulus* & *Modestinus* acquiescendum censet, mihi vero prima opinio juri consentanea, secunda etiam rationabilis magis videtur. D. 20. 1. 22.

5. Testamentum, inquit *Ulpianus*, (minus solenne scilicet) à milite factum ante militiam si in militia decesserit, jure militari valere, si militis contraria voluntas non sit, *Divus Pius* rescripsit, contra id, quod tradit *Julianus* in l. 20. D. de militari testamento. D. 29. 1. 15 § 2

Resp. Quod antiquitus testamentum minus solenne, ante militiam factum, non alias vires obrinuit, quam si postea in militia ratum haberetur, prout tradit *Julianus* in D. l. 20. *Divus Pius*, uti censet *Connanus*, novam militis declarationem necessariam non esse statuit, sed satis esse si nulla contraria voluntas appareret, *Onciacus* vero defendit inter *Juliani*,

liani,

liani, ex jure veteri sententiam, & *Divi Pii* rescriptum nullam esse discrepantiam, cum non minus ex hoc, quam ex illa nova voluntas intervenire debere, intelligi possit, *Ulpianus* enim ubi allegat *Divi Pii* rescriptum non dicit simpliciter testamentum valere ex priore voluntate, sed (prout in vulgari editione habetur) si subjuncta voluntas contraria non fuerit, subjuncta vero voluntas est, quæ alteri voluntati, est superaddita, cui congruit, quod scripsit *Ulpianus* in l. 9. D. eod. Ubi rescriptum inquit, est, à *Diyo Pio* de eo, qui cum paganus esset, testamentum fecit, jure militari valere incipiet si hoc miles maluit. Nam ut quis maluisse dicatur, necesse est eum aliquo modo voluntatem suam declarasse, quod confirmatur, etiam ex eo quod *Paulus*, (qui post tempora *Divi Pii* vixit) tradidit in l. 7. S. 4. D. de Jure Codicillorum, & *Justinianus Instit.* de testamento militis, S. 4.

6. Codicilli, inquit *Tryphonius*, si quos in tempore captivitatis, quis scripserit, jure subtili non creduntur testamento confirmari, quod in civitate fecerat, quia non sunt ab eo facti qui testamenti factionem habuit, Sed quia merum principium eorum, (id est, testamentum, quo codicilli qui postea fierent confirmantur) à captivo, in civitate constituto factum est, & is postea reversus postliminio, jus suum recepit, humanitatis rationi congruum est, eos codicillos ita effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset. D. 49. 15, 12. § 5.

Resp. Quod in hoc casu *Tryphonius* loquitur de codicillis qui cum testamento, ante captivitatem facto, connexitatem habent, & ab eo pendent, & ait quod jure subtili, id est, stricto jure non valere, sed fictione juris, ad instar postliminii, humanitatis ratione, id est, benigno jure ad tempus testamenti conditi retrahi posse.

7. Si filiusfamilias, vel servus, inquit *Ulpianus*, fidei commissum reliquerit, non valet, si tamen vel

229.7.

116 *Questionum Juris Civilis*

228. 1. 19

vel emancipati, vel manumissi decessisse proponantur, constanter dicemus, fidei commissum relictum videri, contra id quod tradit *Modestinus* in l. 19. D. *Qui testamentum facere*.

Resp. Quod valet fidei commissum, prout sequitur in eadem lege, quasi nunc datum, cum mors ei contingerit, si voluntas duraverit, id est, post emancipationem, vel manumissionem durare apparuerit, quod omittitur in lege cujus author fuit *Modestinus*.

De hac quaestione *Dynum* ita statuit. 1. Quod aut durat causa impediens, & quod ab initio non valuit, postea non convalescit l. 29. D. de Reg. Juris. 2. Aut cessat causa impediens, & supervenit causa confirmans, & tunc quod ab initio non valuit postea convalescit. 3. Aut causa impediens cessante nulla confirmans supervenit & quod ab initio non valuit, nec postea convalescit. l. 83. S. 3. D. de verb. obligat.

Vid. D. D. *Juris Civilis*, precipue *Jacobum Gottsfredum* ad l. 29. D. de Reg. Juris. *Dynum* & DD. *Jur. Canon.* ad cap. 18. de Reg. Juri in 6. ad *Antinoniam* 1. *Connanum Comment.* lib. 4. cap. 13. *Donellum tractat. de pignoribus* c. 31. *Quæ res pignori.* *Bronchurstum cent. 2.* assert. 70. *Pacium cent. 4. quest. 51.* *Nicol. Genoam conciliat legem contra.* p. 141. ad *Antinoniam* 2. *Connanum Comment.* lib. 9. cap. 5. p. 679. *Onciacum quest. Academicorum qu. 83.* *Nicol. Genoam conciliat, legem, contrariam.* pag. 230.

100

QUEST.

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS CLASSIS TERTIA.

QUÆST. I.

*An cum persone ætati, vel certo negotio
tempus præstituitur, terminus inceptus
pro completo sit habendus.*

Quod sic,

I. **Q**UIA supremus anni dies pro completo habetur.

I. Anniculus, inquit Paulus, amittitur, qui extremo anni die moritur, & Anniculus, inquit idem, non statim ut natus est, sed trecentesimo, quinquagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die. Quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. D. 50. 16, 132. D. 50. 16, 134.

2. Qua ætate, inquit Ulpianus, testamentum, vel masculi, vel feminae facere possunt, videamus & verius est, in masculis quidem annum decimum quartum, in feminis duodecimum completum spectandum. Utrum autem quis excessisse debeat decimum quartum annum, an compluisse sufficiat, Proponere aliquem Calendis Januariis natum anno decimo quarto, ipso natali suo testamentum fecisse, an

118 *Quaestionum Juris Civilis*

an testamentum valeat? dico, *inquit*, valere, plus arbitror, etiam si pridie Calendarum fecerit, post sextam horam noctis, valere testamentum, jam enim complexisse annum decimum quartum *Martiano* videtur. *D. 28. 1, 5.*

3. Placuit, *inquit*, *idem Ulpianus*, Eum qui Calendis Januariis natus est, post sextam horam noctis pridie Calendas, quasi annum vicesimum compleverat, manumittere posse. Non enim majori viginti annis manumittere permitti, sed minorem manumittere vetari, Jam autem minor non est, qui diem supremum agit anni vicesimi. *D. 40. 1, 1.*

4. In usucapionibus, *inquit Ulpianus*, non à momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus, ideoque qui hora sexta noctis, pridie Calendarum Januariarum possidere cepit, (anno scil. tertio) implet usucapionem, &c. *D. 41. 3, 6, 7.*

In usucapione, *inquit Venuleius*, ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei, res possessa sit, nihilominus usucapio impleatur, nec totus dies exigitur, ad explendum constitutum tempus. *D. 44. 3. 15.*

2. *Quis annus incipit habetur pro completo.*

1. Ad rempublicam administrandam, *inquit Ulpianus*, ante vicesimum quintum annum, vel ad munera, minores admitti non oportet, annus autem vicesimus quinquies captus, pro pleno habetur. *D. 50. 4, 8.*

2. Si libertas, *inquit Pomponius*, ita relicta fuerit, anno duodecimo, postquam ego mortuus fuero, Stichus liber esto, veresimile est, in principio duodecimi anni Stichum liberum esse. *D. 40. 4. 41.*

3. In testamento, *inquit Modestinus*, ita scriptum est, à vobis hæredes peto, ut uxori meæ præstetis quodam vixerit decem aureos annuos. Uxor marito supervixit quinquennio, & quatuor mensibus. *Quæsitum*

fitum est an sexti anni legatum integrum debeat, Respondi integri sexti anni legatum debere, l. 8. eod. tit. similiter. D. 33. 1. 5.

Fabius Antoninus, inquit Paulus, Antoninum filium impuberem, & Honoratam filiam relinquens, Juniam Valeriam, eorum matrem hæredem instituit & ab ea filia trecenta reliquit, reliquam omnem hæreditatem filio Antonino, cum ad annum vicesimum ætatis pervenisset, quod si ante vicesimum filius decederet, eam hæreditatem Honoratæ restitui præcepit. Postea filius annum vicesimum ingressus, eo necdum expleto, decessit, Favia Valeriana filia, hærede relicta. Amita (id est, Honorata) ex patris sui testamento fidei commissam ejus hæreditatis portionem petebat, & apud præsidem obtinuerat. Tutores Valerianæ, coram imperatore, Egestatem ejus prætendebant, & Divi Hadriani constitutionem recitabant, in qua, quantum ad munera municipalia jusserat annum quem quis ingressus est, pro impleto numerari, imperator motus, & æquitate rei, & verbis testamenti, Si ad annum ætatis vicesimum pervenisset, quamvis diceret, se scire à Divo Marco, eum qui septuagesimum ætatis annum ingressus esset, à tutela non excusatum. Paulo legis Eliæ argumenta, & quædam alia proferente, contra pettricem, id est, Honoratam pronunciavit. D. 31. 1. 74.

Quod non,

1. Quia terminus à momento ad momentum sit computandus.

1. Minorem, inquit Ulpianus, viginti quinque annis an die natali suo adhuc dicimus, ante horam qua natus est, ut si captus sit restituatur & cum nondum impleverit? Ita dicendum est, ut ad momentum tempus spectetur. D. 4. 4. 3. S. 9.

Resp. Quod edictum de restitutione minorum, favore minoris ætatis est introductum, & proinde quod

120 *Questionum Juris Civilis*

quod in favorem constituitur, latius producitur, scilicet ut minores habeantur, donec majores viginti quinque annis extiterint.

2. In omnibus temporalibus actionibus, inquit *Paulus*, nisi novissimus dies totus compleatur non finit obligationem. D. 44. 7, 6.

Resp. Quod hoc verum est in præscriptionibus, quibus ex decursu temporis jus agendi tollitur, & proinde cum odiosæ habeantur, contra eas tempus longissimum indulgetur.

3. Prætor, inquit *Ulpianus*, minorem decem & septem annis, qui eos non in totum compleverit (id est, cui nihil desit) prohibet postulare, &c. D. 3. 1, 1. S. 3.

Resp. Quod minores viginti quinque annis in suis negotiis aliorum ope, & consilio, curatorum scilicet, plerumque indigent, Ideoque Prætor juste prospexit, ut non ante decimum septimum totum completum, cum aliorum periculo in judiciis intercederent.

4. Non aliter, inquit *Justinianus*, Minori viginti annis libertatem in testamento dare concedimus, nisi annum decimum septimum impleverit, & decimum octavum attigerit. I. 1. 6. S. 37.

Resp. Quod lege *Ælia Sentia* cavebatur, Ne dominus annis viginti minor servum manumitteret, prout ibidem *Justinianus* declarat, quamvis qui quatuordecim annos complevit, testamentum facere, & in eo hæredem sibi instituere, legataque relinquere possit; Quod cum ei durum videretur, mediam viam secutus, exemplo edicti de postulando, tempus ad libertatem testamento dandam, sicut ipse promittetur præstituit.

2. Quia tempus post terminum completum sit computandum.

1. Justas nuptias, inquit *Justinianus*, inter se contrahunt cives Romani, masculi quidem puberes, & fæminæ viripotentes, Pubertatem viro in masculis

masculis post decimum quartum completum, illico initium sumere disposuimus, & ut post duodecim annos completos fœminæ viripotentes credantur. *l. 1. 10. in princ. l. 1. 22. in princ.*

Resp. Quod inter impubertatem, & pubertatem nullum videtur intervallum, proinde quoad nuptias, & tutelâs imperator statuit, ut tum demum pubertas haberetur, cum impubertas finita esset, In aliis vero ut in testamentis condendis, obtinuit, ut puberes haberentur, qui ad ultimum pubertatis diem pervenissent.

2. Liberta inquit Paulus, major quinquaginta annis patrono operas præstare non tenetur, & à tutela excusantur, inquit Modestinus, qui septuaginta annos compleverunt, excessisse autem septuaginta annos oportet, tempore illo quo creantur. *D. 31. 10, 35. D. 27. 1, 2.*

Resp. Quod aliud est cum de majore, aliud cum de minore aliquid in lege expresse statuitur, Itaque cum de majore lex loquitur, intelligenda est de eo qui terminum excessit, cum de minore donec terminum extremum exceßerit.

3. Quia annus inceptus non habetur pro completo.

1. Non putabam, inquit Marcellus, ei cui relictum erat, cum ad annum decimum quartum pervenisset, diem fidei commissi venisse, cum annum decimum quartum ætatis ingressus esset, Et ita etiam Aurelius Antoninus, ad appellationem ex Germania judicavit. *D. 35. 1, 48.*

Si cui legetur, inquit Ulpianus, cum quatuordecim annorum erit certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit, & ita imperatorem decrevisse Marcellus scribit, &c. *D. 30. 1. 49.*

Si de fidei commissi relictî emolumento, inquit Alexander Imp. tractetur, non ceptum annum, sed impletum expectandum esse, Juris prudentibus placuit contra id quod traditur in *l. 74. D. ad. S. Trebellianum. C. 6. 52, 5. in fine.*

122 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod annus inceptrus habetur pro completo, cum de speciali, & favorabili causa agitur, ut cum libertas in testamento est relicta, vel cum de honoribus alicui decernendis statuitur, In legatis, & fidei commissis respectu personarum, & mentis testatorum diversimode obtinere potest, nam aliud est si legatum filiis, vel liberis, aliud si extraneis relictum sit, deinde interest an testator legati diem differat, intuitu ejus cui relictum est quia rebus suis administrandis idoneus non sit, an quod interim legati commodum hæredis esse, vel ad alium, si dies non cesserit, pervenire voluit, quo casu legatum conditionale esse Pomponius tradit in l. 22. D. *Quando dies legati cedit*, In liberis vero aliud præsumi potest, prout habetur in l. 5. C. eod. ubi *Alexander Imp.* His verbis, inquit, Do lego *Æliæ Severinæ* filiæ decem quæ legatum accipiet cum ad legitimam ætatem pervenerit, non conditio legato inserta, sed petitio ad tempus dilata videtur ubi glossa notat, Quod ex conjunctione personarum, præsumitur quod testator filiæ suæ gratia solutionem distulit, prout respondit *Javolenus* in 46. D. *ad S. Trebellianum*, & l. 74. D. *ad S. Trebell.* ubi *Imp.* pronuntiavit pro fidei commissio relicto patri, cui filia hæres extitit lex 48. D. *de condition. & Demonstrat.* & 49. D. *de Legat. 1.* de legatis extraneis relictis intelligi possunt.

Terminus respectu temporis veluti diei, & anni, est initium, & finis. In hac questione præcipue finis intelligitur. Uterque cum dies, tum annus diversimode Jure Civili computatur, quippe dies est vel Naturalis, vel Civilis. Naturalis est ab ortu, ad occasum solis, cum altera pars nox habeatur, Civilis est, uti tradit *Paulus* D. *de feriis* 68. quia media noctis incipit, & sequentis noctis medio finitur, & constat horis viginti quatuor, annus trecentis sexaginta quinque diebus constat, uti statuit *Julianus* in l. 51. D. *ad l. Aquiliam*, estque etiam vel Naturalis

vel Civilis. Naturalis est cum orbis ejus plene est conversus, utpote cum trecentesimo sexagesimo quinto die ad idem momentum, sive punctum, à quo incepit rediit. Civilis cum ad initium postremi diei pervenitur. In proposita quaestione, An diei finis ab occasu solis, an à media nocte sit aestimandus. Et an annus ad momentum, an ad initium ultimi diei, tanquam ejus terminum sit computandus. *Azo* ita statuit. Quod tractatur aut de favore, aut de odio, Si de favore, tunc aut in temporis complemento incipit beneficium, & à termino inchoato sit temporis computatio, aut in temporis complemento desinit beneficium, & à momento ad momentum computatio admittitur, Si de odio tractetur à momento ad momentum simpliciter tempus est computandum. *Hotomannus* magis perspicue sic definit. Quod justus annus in quibusdam à momento ad momentum computatur, utpote in minoribus restituendis, quia ad eorum favorem tendit, & in temporalium actionum præscriptionibus, quia in his aliorum præjudicium vertitur, In aliis vero ea est ratio ut ejusmodi minutiae non exigantur, utpote in anniculis censendis, in testamentis condendis, in servis manumittendis, & in rebus usucapiendis, unde in terminis ad hæc præstitutis, non à momento ad momentum, sed à die ad diem tempora civiliter computantur.

Vid. Accursii Glossam ad l. 3. §. 3. D. de minoribus & ad l. 48. D. de condition. & demonstrat. Azonem in Brocardo, Quod capium est prodest. Hotomannum ad l. 5. D. Quis testis testamentum. Bronchurst. cent. 3. asserti. 57.

QUÆST. II.

An in jure conditio fœminarum sit deterior quam masculorum?

Quod sic,

1. **I**N multis Juris nostri Articulis, *inquit Papinianus*, deterior est conditio fœminarum, quam masculorum. *D. 1. 5, 9.*

2. Fœminæ, *inquit Ulpianus*, ab omnibus officiis civilibus, vel publicis, remotæ sunt, & ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec procuratores existere. *D. 50. 17. 2.*

3. Judices, *inquit Paulus*, dari non possunt fœminæ, non quia judicium non habent, sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur, *D. 5. 1, 12. S. 2. C. de Arbitris 16. similiter.*

4. Edictum, *inquit Ulpianus*, prohibet fœminas pro aliis postulare, & ratio prohibendi est, ne, contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, & ne virilibus officiis mulieres fungantur, *D. 3. 1, 1. S. 2. C. de Procuratoribus. 18. similiter.*

5. Fœminæ, *inquit Justinianus*, Adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent. *L. 1. 11. S. 10.*

6. Fœminæ, *inquit Narratius*, tutores dare non possunt, quia id munus masculorum est, nisi à principe filiorum tutelam specialiter postulent. *D. 26. 1, 18.*

7. Fœminæ, *inquit Calistratus*, remotæ videntur ab officio Argentarii, cum ea opera virilis sit. *D. 2. 13, 12.*

8. Mulier, *inquit Ulpianus*, in testamento testimonium dicere non potest. *D. 28. 1, 20. S. 6.*

9. Si de tabulis testamenti deponendis, *inquit Ulpianus*, agatur & dubitetur apud quem deponi oportet semper senioreni junioreni, & amplioris honoris inferiori, & mareni fœminæ præferemus. *D. 22. 4. 1.*

10. Inter

10. Inter masculos, *inquit Justinianus*, agnationis jure, hæreditas etiam si longissimo gradu sint ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum hæreditatem capiant, si sorores sint, ulteriores non capiant, &c. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculos confluerent. I. 3. 2. §. 13.

Quod non,

1. *Quia verbis masculorum tam fœminæ quam mares in jure comprehenduntur.*

1. Verbum hoc, si quis, *inquit Paulus*, tam masculos quam fœminas complectitur, & semper sexus masculinus, *inquit Julianus*, etiam fœmininum continet. D. 50. 16, 1. D. 32. 1, 6.

Resp. Quod verbum masculinum profertur, vel in materia indifferenti, & ubi est eadem ratio & tunc comprehendit fœmininum, vel in materia differenti & ubi non est eadem ratio, ut quæ congruat generi masculino, sed non fœminino, & tunc masculinum non concipit fœmininum, ita *Bartolus ad l. 1. D. de verb. significatione.*

2. *Quia in jure aliquando fœminæ melioris conditionis sunt, quam masculi.*

1. Pubertatem, *inquit Justinianus*, in masculis post decimum quartum annum completum initium sumere disposuimus. Antiquitatis normam in fœminis suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes, id est, puberes, esse credantur, unde nuptias contrahendi, & testamenta condendi, fœminæ citius quam mares potestatem habent. I. 1. 22. in princ.

Resp. Quod pubertas à potentia generandi æstimabatur, & fœminæ citius quam mares generationis capaces habentur, quia ut ait *Hosienfis* facilius est pati, quam agere. Alii hanc rationem reddunt, Quia mutatio ætatis in masculo, fit per numerum septen-

rium, in foemina per senarium, ut ex *Solone Clementis Alexandrinus Stromat. 6. tradit.* Idque *Justinianus* in pubertate definienda secutus sit. *l. 1. 22. in fine.*

2. Omnes Adolefcentes, inquit *Constantinus Imp.* ita demum ætatis veniam impetrare audeant cum vigefimi anni metas impleverint; Foeminas vero, quas morum honestas commendat, cum decimum octavum annum egressa fuerint, veniam ætatis impetrare licere sancimus. *C. 2. 45. 2.*

Resp. Quod quam proportionem habent anni duodecim in foeminis ad annos quatuordecim in maribus quoad pubertatem, eandem habent anni octodecim in foeminis ad annum vicesimum in maribus, & proinde quod concedit imperator foeminis citius veniam impetrandi licentiam, eandem rationem habet quia à natura foeminæ citius quam mares adolefcunt.

3. Senatus-consulto *Velleiano*, inquit *Paulus*, plenissime comprehensum est, Ne foeminæ pro ullis intercederent, Nam sicut moribus civilia officia foeminis sunt adempta, ita multo magis adimendum id officium fuit, in quo non solum opera & ministerium versaretur, sed etiam rei familiaris periculum.

Resp. Quod ex hujus senatusconsulti favore argui potest foeminarum imprudentia, & levitas, quæ remedio aliquo legitimo tanquam vinculo cohibendæ videbantur, ita *Ulpianus D. eod. l. 2.* Providentia, inquit, amplissimi ordinis opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem, multis casibus suppositam, atque objectam.

4. Dotis causâ, inquit *Pomponius*, semper, & ubique est præcipua, & in ambiguis, inquit *Paulus*, pro dotibus respondere, melius; *D. 24. 3. l. D. 23. 3. 70. adde l. 12. De his qui potiores in pignore.*

Resp. Dotis causâ est favorabilis, & multa habet in jure privilegia prout *Justinianus in D. l. 12.* tradit propter liberorum procreationem, & partus periculum,

riculum, & obsequia quæ uxores maritis præstant, sed non solum intuitu mulierum, sed etiam reipub. dotes conceduntur, cum ejus intersit liberos legitimos nasci, nec viri ad matrimonium contrahendum sine dote, qua ejus onera sustinere possint, inducerentur.

5. Corporalia munera, *inquit Ulpianus*, feminis ipse sexus denegar, quo minus honores, vel munera iis injungantur. *D. 50. 4. 3. S. 2.*

Resp. Quod feminæ à muneribus personalibus sunt immunes, quia propter imbecillitatem, iis obeundis non sufficiunt, munera vero realia quæ sine labore corporis sustineri possunt, non minus quam mares subire tenentur.

6. Nemo Judex, *inquit Constantinus Imp.* Officiale ad eam domum, in qua materfamilias degit cum aliquo præcepto mittendum censet, ut eam in publicum protrahat. *C. 1. 48, 1.*

Resp. Quod in eadem constitutione ratio subjicitur scil. Quia certum sit debita, ejusmodi matrisfamilias, quæ intra domum se continet, domus ejus, vel cujuscunque alterius rei distractione publicis necessitatibus servari posse.

7. Filii ejus qui Majestatis reus est, *inquiunt Arcadius & Honorius*, à materna, omnium etiam proximorum hæreditate, & successione alieni habentur, ad filias vero falcidiam, id est, quartam partem, ex bonis maternis pervenire volumus. *C. 9. 8, 5.*

Resp. Quod durius cum filiis in hoc casu agitur, quia ut in eadem lege traditur, in iis paterni, id est, hæreditarii criminis, exempla metuuntur, mitius vero cum filiabus, quia pro infirmitate sexus, minus ausuræ creduntur.

3. *Quia leges ut odiosum damnant, feminas in successione deteriori conditione, quam masculos haberi.*

1. Lege duodecim tabularum, *inquit Justinianus*, bene humano generi prospectum est, quæ unam

consonantiam tam in maribus, quam in feminis legitimis, & in eorum successione observandam esse existimavit, nullo discrimine in successione habito, & qui tales differentias inducunt, quasi naturæ accusatores existunt, cur non omnes masculos generavit, ut unde alii generantur, non esset. C. 6. 28, 4.

Resp. Quod Justinianus *Institut. de Legitima Agnatorum Successione*, ubi successione progressus recenset agnoscit à jure duodecim tabularum, juris prudentiam mediam, quæ erat duodecim tabulis recentior, imperialibus autem constitutionibus antiquior recessisse, non ob vitium aliquod naturæ, sed quia commodius videbatur (fortassis ut ubi tutelæ onus erat, ibi successione emolumentum esset) Et sunt qui suspicantur, has constitutiones, in quibus muliebri ingenium arguitur: non tam vi rationis, quam affectu uxorio in fufurrante, à *Justiniano* sancitas fuisse.

Jacotus Gotosfredus, de muneribus quæ feminæ obire, vel non obire possunt, ita scribit. Quod officia alia sunt publica, alia civilia, alia privata; publica sunt, quæ autoritate publica exercentur, & ad utilitatem publicam spectant, qualia sunt officia magistratum; civilia sunt, quæ etsi privata autoritate publice tamen exercentur, qualia sunt, pro aliis postulare, & testamentis testimonia perhibere; privata sunt, quæ in iis quæ privati juris sunt usurpantur, ab officiis publicis, & civilibus feminæ remotæ sunt partim propter imbecillitatem, partim propter verecundiam muliebri sexui congruentem; propter imbecillitatem, ab iis officiis quæ virilia dicuntur, propter verecundiam ne in contumeliam matronalis pudoris irreverenter in publicum irruant, & cæcibus virilibus se immisceant. In privatis & domesticis negotiis, prout in quibusdam, deterioris conditionis quam masculi, utpote quod liberos in potestate non habeant, nec adoptare possunt, ita in aliis melioris sunt conditionis, utpote quod pro aliis intercedere, vel fidejubere non permittantur.

Vid. Glossam & DD. ad l. 9. D. de statu hominum. Bartolum. Jacob. Gotofredum, & alios ad l. 2. D. de Reg. Juris. Rolbagium de certamine masculo femineo, in quo argumentorum acies in utramque partem produciuntur.

QUEST. III.

An justum conjugium solo consensu contrahi possit?

Quod non,

1. **S**emper in conjunctionibus, inquit *Modestinus*, non solum quid liceat, sed quod honestum sit considerandum est. *D. 50. 17. 197.*

2. Mulier, inquit *Pomponius*, absenti per literas ejus, vel nuncium nubere posse placet si in domum ejus deducatur; Eam vero quæ abesset à marito, ex literis vel nuncio suo duci non posse, deductione enim opus esse in mariti, non uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii. *D. 23. 2. 5.*

3. Virgini, inquit *Scaevola*, in hortos deductæ, ante diem tertium, quam ibi nuptiæ fuerint, cura in separata dieta ab eo esset, vir die nuptiarum, priusquam ad eum transfiret, & priusquam aqua & igne exciperetur, decem aureos dono obrulit, Quæsitum est post nuptias divortio facto, an summa donata repeti possit? Responsum. Id quod ante nuptias (i. e. antequam in domum esset deducta, & aqua & igne exciperetur) donatum proponitur, non posse de dote deduci. *D. 24. 1. 16.*

4. Cum in te, inquit *Aurelianus Imp.* donationem dicas simpliciter factam, die nuptiarum & in ambiguum venire possit utrum à sponso, an à marito donata sit? sic distinguendum est, ut si in tua domo donum acceptum sit, ante nuptias donatio facta videatur, quod si penes se dedit, id est, postquam in ejus domum es deducta, retrahi potest, uxor enim fuisti. *C. 5. 3. 6.*

130 *Questionum Juris Civilis*

5. Uxor, *inquit* *Constantinus Imp.* quæ *Mavito* in militiam profecto, post interventum quatuor annorum, nullum sospitatis ejus indicium habuit, atque ideo de aliis nuptiis cogitavit, &c. non videtur nuptias furtivas iniisse, quæ non temere, nec clanculo, sed publice contestatione depocita, nupuisse firmatur. C. 1. 17. 7.

6. Sancimus, *inquit* *Justinianus*, si quis in qualicumque pacto, quod ad dandum, vel faciendum concipitur nuptiarum mentionem fecerit, si ve nuptiarum tempus dixerit, non aliter intelligi conditionem esse ad implendam, nisi ipsa nuptiarum festivitas accedat, & non tempus inspiciendum, in quo nuptiarum ætas accesserit, sed ex quo vota nuptiarum reipsa processerint. C. 5. 4. 24.

7. Sacræ benedictionis testimonio, *inquit* *Leo Imp.* matrimonia confirmari jubemus, adeo ut si qui contra hanc constitutionem matrimonium ineant, id nec ab initio quidem ita dici, neque illos in illa vitæ consuetudine matrimonii jure potiri. Nihil enim inter cœlibatum, & matrimonium, quod reprehendi non debet medium invenias. Conjugalis vitæ desiderio tenens? Conjugii leges serves necesse est. N. 89.

Quod sic,

1. Nuptias, *inquit* *Venuleius*, non concubitus sed consensus facit. D. 50. 17. 30.

Resp. Quod consensus est à quo præcipue nuptiæ pendent, & à quo multo magis quam à concubitu matrimonium æstimandum est, quia concubitus sine intentione matrimonii, matrimonium sine consensu, esse non potest. Sed non consensus solus, vel nudus facit matrimonium, sed consensus rite declaratus, quod ex eo apparet, quod idem *Ulpianus in l. 15. D. de condition. & demonstrat.* tradit, scil. Cui fuerit sub hac conditione relictum si in familia nupserit, conditio videtur impleta statim atque ducta est, (id est, in domum deducta) uxor, quamvis in cubiculum mariti nondum venerit. Quia nuptias non concubitus,

cubitus, sed consensus facit, id est, consensus deductione in domum declaratus.

2. In liberæ mulieris consuetudine, *inquit Modestinus*, non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum fecerit. *D. 23. 2, 24.*

Resp. Quod id quod omnino honestum est, potius quam id quod minus honestum est, in dubio præsumitur, & proinde si quis cum libera, & honesta muliere consuetudinem habuerit, matrimonium potius quam concubinatus intelligitur, & consuetudo potius à legitimo initio, id est, à deductione in domum, incepisse, quamvis non appareat, quam contrarium, quia honestius præsumi potest.

3. *Seia, inquit Scaevola*, cum *Sempronio* certo die nuptura esset, antequam domum deduceretur, tabulæque dotis signarentur, donavit ei tot aureos, Quæstum, An ea donatio rata sit. Responsum, non attinuisse tempus, an antequam domum deduceretur, aut tabularum consignatarum (quæ plerumque post contractum matrimonium fiunt,) in quærendo exprimi. Itaque nisi ante matrimonium contractum, quod consensu intelligitur, donatio facta esset, non valere. *D. 24. 1, 66.*

Resp. Quod *Scaevola*, uti notat *Accursius*, ad quæstionem directe non responder, sed reprehendit proponendi modum, cum in quæstione proponatur, non solum quod antequam domum deduceretur, donatio facta erat, sed etiam antequam tabulæ dotis consignarentur, quæ plerumque, *inquit*, post contractum matrimonium fiunt, ideoque statuit, quod nisi ante matrimonium contractum quod de consensu intelligitur, donatio facta esset, non valere, quod vero de consensu ait, de consensu ex deductione in domum intelligi potest, quia in verbis sequentibus quibus queritur, An donatio facta priusquam virgo in domum deduceretur, & aqua & igne exciperetur, revocari possit, respondit, id quod ante nuptias, (id est, eodem modo celebratas) donatum fuit, revocari non posse.

4. Si vicinis, vel aliis scientibus, *inquit Probus Imp.* uxorem, liberorum procreandorum causâ, domi habuisti, & ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis, neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes, factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptæ filiæ, suam potestatem habet. *C. 5. 4, 9.*

Resp. Quod hujusmodi conjugium non ex consensu solo, sed ex cohabitatione, quæ à deductione in domum oriri potuit, favore liberorum, qui ex eo procreati sunt, ratum erat, & quantum ad tabulas nuptiales, eas necessarias non esse testantur *Impp. l. 13. C. eod.* qui omiſſa scriptura, *inquiunt*, cætera nuptiarum indicia non sunt irrita.

5. Si donationum ante nuptias, *inquiunt Theodosius & Valentinianus*, vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omitatur, nullus existimet, ob id recte alias inito matrimonio, firmitatem deesse, vel liberis ex eo natis jura legitimorum auferri posse. *C. 5. 4, 22.*

Resp. Quod *Impp.* *inquiunt* matrimonium recte initum, inter pares honestate personas firmitatem habere, & recte iniri potuit deductione in domum sine donationibus ante nuptias, instrumentis dotis, & nuptiarum pompa quoad existimationem matrimonii, & liberorum.

C. 5. 4
21 6. A caligato milite, *inquiunt iidem Impp.* usque ad Protectoris personam, sine aliqua solennitate matrimoniorum, liberam, cum ingenuis duntaxat mulieribus, contrahendi conjugii permittimus facultatem.

Resp. Quod ex hac lege apparet, generaliter matrimoniorum certas fuisse solennitates, cum militibus pro speciali favore, (prout etiam in testamentis condendis) sit indultum, sine iis conjugium contrahere; & concessio specialis arguit, de jure communi aliter observandum esse.

7. Nuptias, *inquit Justinianus*, affectus æternus (id est mutuus) facit, dotaliū instrumentorum augmento non egens.

Resp.

Resp. Quod hæc declaratio facta est, solummodo respectu dotalium instrumentorum, quæ ad matrimonii essentiam non pertinent, nisi quod ad Concubinam uxorem faciendam sufficiunt, *Instit. de nuptiis* §: 13. Sed idem *Justinianus* postea in *Novel.* 74. c. 4. hanc declarationem revocat, ubi quia, *inquit*, & antiquis legibus promulgatum est, & à nobis ipsis constitutum, ut nuptiæ extra dotalia instrumenta ex solo affectu valeant & ratæ sint, sed ex hoc falsatis contractibus completa est *respub.* &c. sancimus, quod in majoribus dignitatibus sit omnino & dos, & antenuptialis donatio, & ea omnia quæ honestiora decent nomina, &c.

Antiquitus apud Romanos conjugia seu matrimonia. 1. Confarreatione. 2. Coemptione. 3. Usucapione fiebant. 1. Confarreatio erat solenne sacrificium, in quo panis farreus adhibebatur, *Ulpianus, in fragmentis.* 2. Coemptio erat, cum vir & mulier, libra & ære adhibitis, imaginaria quadam venditione in conjugium consentiebant, *uti tradit Boethius.* 3. Usucapio, cum mulier in domo viri toto anno cum eo consuetudinem habuisset, *uti tradit Brissonus.* Postea confarreatione per consuetudinem omissa, Honestiores nuptiæ deductione in domum & communicatione aquæ & ignis celebrabantur, minus honeste consuetudo conjugalitatis in domo viri, cum maritali affectione conjugium licitum habebatur. In quibus omnibus præter consensum aliquid aliud intervenisse manifestum est, in nuptiis vero ritus aliquos adhibitos, ostendit titulus de ritu nuptiarum. Quos ritus Sigonius *l. 1. de antiquo jure civium Romanorum cap. 9.* & *Brissonus* integro libello de ritu nuptiarum copiose & eleganter recensent, *Hotomannus* tamen justum conjugium solo consensu, sine ulla publica contestatione, contrahi potuisse asserit, *Duanus* & *Donellus*, de nuptiis, quod magis mirum est, idem affirmant. A quibus dissentire me minus pudet, Quod ipsi fatentur solennitates matrimoniorum,

134 *Questionum Juris Civilis*

niorum, adversus clandestina conjugia, salubriter comparatas esse, ne bina matrimonia ab iisdem contrahantur, aut foeminae ignaræ, ab impostoribus decipiantur, & pro copula honesta, stuprum aut adulterium, in se admittere inducantur.

Vid. Duarenum ad tit. soluto matrim. C. de nuptiis. Donellum Comment. l. 13. cap. 20. Horomanum Illustrium quest. 23. Bronchurstum. Cent. 3. Assert. 7.

QUEST. IV.

An inter consobrinos, vel fratrum & sororum liberos matrimonium consistere possit?

Quod sic,

1. **S**I nepotem ex filio, inquit *Paulus*, & nepotem ex altera filia in potestate habeam, nuptias inter eos, me solo authore contrahi posse *Pomponius* scribit. *D. 23. 2. 3.*

2. De uno, inquit *Tryphoninus*, dubitari potest, si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato, an nepoti ex altero filio eam elocare possit? &c. sed etiam senatusconsultum stricto jure contra omnes tutores nitatur, Quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet, summæ affectionis avitæ intuitu hujusmodi nuptiæ concedendæ sunt. *D. 23. 2. 67. S. 1.*

3. Ute ex fratribus meis, inquit *Marcellus*, consobrinam nostram uxorem duxerit, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante hæres esto, Aut nubit alteri aut non vult nubere, Qui ex his consobrinam duxit, dodrantem habebit, alterius quadrans erit. *D. 28. 7. 23. l. 28. cod. similiter.*

4. Con-

4. Conditioni, *inquit Antoninus Impp.* sub qua matris suæ hæres instituta est, si non paruisti, substitutio locum habet, Nec enim cum te filio sororis suæ, consobrino tuo, probabili consilio matrimonio jungere voluerit, videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem indixisse. C. 6. 25. 2.

5. Celebrandis inter consobrinos matrimoniis, *inquit Arcadius & Honorius*, licentia hujus legis salubritate indulta est, ut revocata prisca juris auctoritate, restrictisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos legitimum habeatur, sive ex fratre & sorore, sive ex duobus fratribus nati sunt, Et ex eo matrimonio editi legitimi, & suis parentibus successores habeantur. C. 5. 4. 19.

6. Duorum fratrum, *inquit Justinianus*, vel sororum liberi, vel fratris, & sororis conjungi possunt. I. 1. 10. S. 4.

Quod non,

1. Cujus filiam, *inquit Justinianus*, uxorem ducere non licet, neque ejus neptem ducere permittitur, & amitam *inquit idem*, vel avi filiam ducere non licet, ergo nec consobrinam, quæ est avi neptis. I. 1. 10. S. 3. I. 1. 10. S. 3..

Resp. Quod *Justinianus* ubi hanc regulam tradit, de filia fratris, vel sororis qui sunt in æquali gradu statuit, & de iis qui ab iis descendunt, neptibus & proneptibus, intelligenda est, non de amita, vel avi filia quæ est in gradu superiori, & prout ipse ait eam uxorem ducere non licet, quia parentis loco habetur.

2. Fratres amitinos, *inquit Gaius*, vel consobrinos, in matrimoniis jungi nulla ratione permittitur. I. C. 1. 4.

Resp. Quod in *Gaii* institutionibus, hic locus ex *Gothorum* jure corruptus censetur, & præter mentem authoris negative conceptus, prout ex præfatione *Cuiacii*, ad *C. Theodosianam*, colligi potest, ejusque

136 *Questionum Juris Civilis*

ejusque editionis fides minuitur, Quod cives tribus modis, id est, testamento, in Ecclesia, & ante Consulem manumissione, fieri scripserit, cum dubium non sit, ipsum, prout *Ulpianum*, in Institutis tradidisse, liberos cives Romanos esse qui testamento, censu, vindicta manumissi essent, Quippe manumissiones in Ecclesia, *Caius Ethnicus* ignorabat, quibus *Constantinus Magnus* primus vires, atque robur tribuit.

3. Duorum fratrum, inquit *Theophilus*, aut fratris & sororis liberi, non recte inter se nuptias contrahunt. l. 1. 10. S. 4.

Resp. Quod *Theophilus*, Institutionum *Justiniani* Græcus interpret, etiam pro suorum temporum ratione hoc contra expressum *Justiniani* sensum, & jus antiquum quod ex Digestorum, & Codicis legibus apparet manifeste detorsit.

4. *Theodosius Imp. uti tradit Sextus Aurelius Victor in Theodosio*, prohibuit lege ministeria lasciva, psaltriasque commestationibus adhiberi, tantum pudori & continentiae tribuens, ut consobrinarum, tanquam sororum, nuptias vetuerit. idem confirmat *Ambrosius l.b. 8. epist. 66.*

Resp. Quod quamvis non extet hujusmodi *Theodosii* constitutio, credibile est ab eo latam fuisse: propter authoritatem *Aurelii* victoris, & *Ambrosii*, sed constat, Quod *Arcadius* & *Honorius* ejus filii eam constitutionem abrogarunt, & ejus antiquum revocarunt ea constitutione quæ habetur, l. 13. C. de nuptiis.

5. Siquis, inquiunt *Arcadius* & *Honorius*, post hæc incestis consobrinæ, vel sororis, aut fratris filiæ uxorisve ejus, postremo cujus vetitum damnatumque est conjugium, sese nuptiis funestaverit, designato quidem supplicio, hoc est ignium & proscriptione careat, proprias etiam, quam diu vixerit, facultates teneat, sed neque eam uxorem, neque filios ex ea editos habere credatur, ut prædictis nihil
prorsus,

prorsus, ne per interpositam quidem personam, vel done superstes, vel mortuus derelinquat, *C. Theodosi tit. de Incestis nuptiis.*

Resp. Quod in eorundem Imp. constitutione, quæ in Codicis Justiniani *tit. de Incestis nuptiis l. 6.* habetur, de consobrinarum nuptiis, nulla fit mentio, sed sancitum est in genere, si quis incesti vetitque conjugii nuptiis se funestaverit, &c. Unde suspicari licet, quod *Anianus*, qui ex *Alarici* regis præcepto, *Codicis Theodosiani* breviarium præscripsit, ad *Gothorum* usum illam constitutionem accommodavit, eo magis quod in eadem, ex suæ gentis moribus pœnæ ignis, & proscriptionis, ab *Arcidii* & *Honorii* sententia abhorrentis mentionem faciat.

De hac quæstione *B. Brissonus* observat. 1. Quod juri civili Romanorum, usque ad *Justiniani* tempora, matrimonium inter consobrinos licitum habebatur. 2. Quod ejus prohibitio ex quorundam recentiorum imperatorum constitutionibus, quibus etiam Ecclesiasticorum conciliorum Canones accesserunt, introducta fuit. 3. Quod *Gothorum* & *Longobardorum* legibus, etiam interdictum fuit. 4. Quod eximie pietatis Theologi improbarunt, Imprimis *B. Augustinus*, qui, experti sumus, *inquit*, quam raro per mores fiebat, quod per leges fieri licebat, Quia id nec divina prohibuit, & nondum lex humana prohibuerat, sed factum etiam licitum propter vicinitatem illiciti horrebatur, & quod fiebat cum consobrina, pœne cum sorore fieri videbatur, *Et postea, Quis, inquit*, dubitet, honestius hoc tempore consobrinorum prohibita esse conjugia, non solum, Ne una persona duas habeat necessitudines, cum duæ possint eas habere, & numerus propinquitatum augeri, sed etiam quia nescio quomodo, inest humanæ verecundiæ quiddam naturale, arque laudabile, ut qui debet propinquitatis; causa verecundum

dum honorem, ab ea contineat, quamvis genetricem libidinem, de qua, erubescere, videmus, ipsam pudicitiam conjugalem, *Grotius* vero quod *Augustinus*, & alii tradunt de latius spargendis amicitiiis, per diffusas affinitates, non tanti momenti esse, ait, ut quod contra fiat illicitum, aut irritum censi debeat, Neque enim quod minus utile, statim est illicitum. Et ut huic qualicunque utilitati, alia major utilitas præferatur, accidere potest.

Vid. Barnabum Brissonium in tractatu de Jure Connubiorum. B. Augustinum de civitate Dei. l. 15. cap. 16. Grotium de Jure Belli, &c. l. 2. cap. 5. S. 12. Boncholten ad S. 3. Instit. de nuptiis.

Q U Æ S T. V.

An parentum consensus, in nuptiis liberorum sit necessarius.

Quod sic,

I. **N**uptias, inquit *Justinianus*, inter se cives Romani contrahunt, &c. dum tamen si filii familiarum sunt, consensum parentum habeant, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere naturalis & civilis ratio suadet, in tantum, ut jussus parentum præcedere debeat, *I. 1. 10. in princ.*

2. Nuptiæ, inquit *Paulus*, consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, & quorum in potestate sunt. *D. 23. 2. 2.*

3. Filius-

3. Filiusfamilias miles, inquit *Papinianus*, sine parentis consensu matrimonium non contrahit. *D. 23. 2. 35.*

4. Nuptiæ, inquit *Julianus*, inter easdem personas renovatæ, nisi parentibus volentibus ratæ non habentur. *D. 23. 2. 18.*

5. Viduæ, inquit, *Valentinianus & Valens Impp.* intra annum vicesimum quintum degentes, etiam si emancipationis libertate gaudeant, in secundas nuptias sine patris sententia non conveniunt. *C. 5. 4. 18.*

6. Generali mandato, inquit *Papinianus*, quaerendi mariti filiafamilias, nuptias fieri, rationis non est. Itaque personam ejus qui matrimonio consenserit patri demonstrare necesse est. *D. 23. 2. 34.*

Quod non,

1. In nuptiis, inquit *Paulus*, voluntas contrahentis intervenire debet, sed velle, inquit *Ulpianus*, non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini. *D. 23. 2. 2. D. 50. 17. 4.*

Resp. Quod in iis quæ ad patrem solum, vel dominum spectant, filius, vel servus, qui eorum jussu aliquid agit, utpote si hæreditatem adierit, non ex propria, sed ex jubentis voluntate adire creditur; In iis vero quæ ad seipsos pertinent, si patri obsequentes aliquid agant, utpote si nuptias contrahant, ex sua voluntate, etsi non plena, agere intelliguntur.

2. Filius emancipatus, inquit *Modestinus*, sine consensu patris uxorem ducere potest, & filius susceptus ei hæres erit. *D. 23. 2. 25.*

Resp. Quod filiusfamilias emancipatus sicut morte patris, ita emancipatione patria potestate liberatur, & fit sui juris & paterfamilias, & proinde nullius præterquam sui consensum adhibere necesse habet.

3. Permissum est, inquit *Justinianus*, ad exemplum filii furiosi, filiam quoque sine patris interven-
tu matrimonium sibi copulare posse. *I. 1. 10. in princ.*

Resp.

Resp. Quod furiosus, nec consentire, nec dissentire potest, & proinde liberi ejus matrimonium contrahentes, non contra ejus consensum contrahunt, sed & in hoc casu, si avus sit compos mentis, ejus consensus est necessarius. *D. de ritu nupt. l. 9.*

4. Is, *inquit Ulpianus*, cujus pater ab hostibus captus est, si intra triennium non revertatur, uxorem ducere potest. *D. 23. 2. 9. S. 1.*

Resp. Quod captivitate jura omnia suspenduntur, ut, *ait Tryphoninus in l. 12. D. de Captivis.* Intuitu vero reverentiae patri debitae, filius per triennium ejus reditum expectare debet, nisi eam ducat uxorem, cujus conditionem certum sit patrem non repudiaturum.

5. Parentum consensum, *inquit Justinianus*, in nuptiis liberorum intervenire tam naturalis quam civilis ratio suadet, & pietas *inquit Ulpianus*, parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur. Patris tamen solius, non matris consensus, in nuptiis liberorum requiritur. *l. 1. 10. in princ. D. 27. 10. 4.*

Resp. Quod matris consensus non requiritur, non solum quia liberi in eorum potestate non sunt, *Inst. de Adopt. S. 10.* sed etiam quia patris consensus sufficere videtur, defuncto vero patre, in nuptiis filiarum consensus matris, & cognatorum est adhibendus.

6. Qui liberos in potestate habent, *inquit Marcianus*, si injuria prohibuerint uxores ducere, aut nubere, vel qui dorem dare non volunt, per Praefules, Praesidesque provinciarum cogendi sunt, in matrimonium collocare, & dotare. *D. 23. 2. 19.*

Resp. Quod aliud est liberos uxores ducere, aut nubere omnino sine causa prohibere, aliud à nuptiis cum quibusdam, quos non probant, dissentire, in illo magistratus officium, non in hoc competit.

7. Si in conjunctionis delectu, *inquiunt Valentin. & Valens*, Patris sententiae, mulieris voluntas repugnet,

pugnet, placet (ut in virginum conjunctionibus sanc-
tum est,) habendo examini judicariæ cognitionis
authoritatem adjungi, ut si genere, & moribus com-
petitores pares sint, is potior habeatur, quem mulier
sibi consulens, approbaverit. C. 5. 4. 10.

Resp. Quod quando pater de alio, de alio filia in
maritum habendo, diversa senserint. Imperator æ-
quum censuit ad judices, vel arbitros negotium re-
ferendum esse, qui si filia delectum magis, vel æ-
qualiter rationabilem invenerint, ejus affectioni ali-
quid indulgere, & patris loco pertine possunt.

Quod pro regula Juris Civilis liberorum consensum parentum necessario adhiben-
dum esse, ex sententia Donelli tres exceptiones ad-
mittit. 1. Si parens furiosus, & mente captus sit.
2. Si ita absit ut consensus ejus non possit.
3. Si præsens nuptiis filii, sine causa contrahat.
Hermanus Vultejus, in titulo de sponsalibus, quæ
ad hanc quæstionem spectant, fusius & accuratius
explicat.

Vid. Donellum *Comment. l. 13. c. 20.* Hotoman-
num *quæst. Illust. 9.* Hunium *lib. 1. tract. 3.*
q. 9, 10, 11, 12. Bronchurst. *cent. 3. offert. 1.*
Langium decad. 2. theor. 4.

QUÆST.

QUÆST. VI.

*An qui pro virgine, vitiatam uxorem duxit,
eam repudiare possit?*

Quod non,

1. **Q**UI cum alio contrahit, *inquit Ulpianus*, non debet ignarus esse conditionis ejus cum quo contrahit. *D. 50. 17. 19.*

2. Qui parum diligentem socium, *inquit Justinianus*, sibi assumit, de se queri, sibi que hoc imputare debet, *I. 3. 25. S. 9. idem habetur, D. pro socio l. 72.*

3. Si ego, *inquit Ulpianus*, me virginem emere putarem, cum jam esset mulier, emptio valebit, In sexu enim non est erratum. *D. 18. 1. 11.*

4. An ex delicto, *inquit Idem*, quod mulier quæ repudiata, mox reducta est, in priore matrimonio commisit accusari possit? quæritur, & responderetur non posse. Abolevit enim prioris matrimonii delicta, reducendo eam, Idem dicendum videtur si stupri eam accusare velit. Sero enim accusat mores quos ducendo probavit. *D. 48. 5. 13. S. 9. D. soluto matrimonio l. 47. fere similiter.*

5. Propter violatam virginem adultam, *inquit Alexander*, qui postea maritus esse cepit, accusator justus non est, & ideo juri mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa ejus fuerit. *C. 9. 9. 7.*

6. A conjugio uxorem repellere, *inquit Justinianus*, non licet, nisi talis culpa intercesserit, quæ nostris legibus condemnatur, sed nec in ea, neque in alia quaquam constitutione quicquam reperitur, de culpa uxoris, ante matrimonium commissâ. *C. 5. 17. 11. Novel. 117. c. 8. similiter.*

Quod

Quod sic,

1. Non videntur, *inquit Ulpianus*, qui errant consentire. *D. 50. 17. 116. S. 2. ad l. 15. D. de Jurisdictione.*

Resp. Quod error in corpore, contractum vitiat, non error in qualitate, ut si acetum pro vino veneat, non obstante errore venditio valet. *D. de contrah. empt. l. 9. S. 2.*

2. Dolo malo pactum, *inquit Ulpianus*, ait Prætor se non servaturum, dolus malus autem fit callidate, & fallacia & ut, *ait Pedius*, quoties circumscribendi alterius causa aliud simulatur, aliud agitur. *D. 2. 14. 7. S. 9.*

Resp. Quod hoc verum est quando dolo quis inducitur, ad paciscendum, & quando dolus versatur circa causam finalem, non quando dolus in pactum incidit, aut contingit circa causam impulsivam, ut in hoc casu.

3. Si quis, *inquit Idem*, se virginem emere putasset, cum mulier venisset, & venditor sciens eum errare passus sit. Redhibitio quidem in hac causa non est, verum ex empto competit actio ad resolvendam emptionem, & ut pretio soluto mulier reddatur. *D. 19. 1. 11. S. 5.*

Resp. Quod ex eadem lege apparet, contractum fuisse validum quia redhibitioni locus non erat, & quamvis, de ancilla vel serva emptâ, decepto detur actio, ad rescindendam emptionem, ad matrimonium tamen quod inter personas liberas contrahitur, & in quo de statu personarum agitur, ejusmodi ad rescindendum actio non datur.

4. In ea uxore, *inquit idem Ulpianus*, quæ vulgaris fuit potest maritus adulterium vindicare, & *S. 3. Divus Severus, & Antoninus* etiam in sponsa, hoc idem vindicandum rescripserunt, quia neque matrimonium qualecunque, nec spem matrimonii violare permittitur. *D. 48. 5. 13. S. 2.*

Resp.

144 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod ad poenam legis *Juliae*, quæ primo erat relegatio potuit maritus contra sponsæ adulterum apud magistratum agere, nec tamen sequitur quod compressa ab alio ante sponsalia, vel matrimonium, eadem poena sit punienda; nedum quod ob ejusmodi crimen privato mariti arbitrio repudiari possit.

5. Crimen Lenocinii contrahunt, *inquiunt Severus & Antoninus Impp.* qui deprehensam in adulterio uxorem in matrimonio retinent. *C. 9. 9. 2.*

Resp. Quod hæc lex ad eum spectat, cujus uxor post matrimonium contractum adultera deprehenditur, non ad eum qui antea vitiatam postea uxorem duxit.

6. Sponsam, *inquit Leo Imp.* quandam furtivis complexibus ab alio esse gravidam, cum illa interrim sponsalem castimoniam præ se ferret, sponsaliorum tempore compertum est, Nos igitur decernimus, propter hoc quo nihil magis matrimonio adversatur, quos sponsaliorum opinio, non veritas copulavit, disjungantur, Quomodo enim vera sponsalia sunt, in quibus nihil verum neque genuinum conspicitur? ubi meretricium se offert scelus? ubi causæ dissidiorum, & odii? ubi animorum alienatio? quæ mala catervatim omnia cum peregrino, alienoque semine suscipiuntur, quomodo ibi matrimonialis concordia? quomodo purus sponsalisque est amor.

Resp. Quod hæc fuit *Leonis* imperatoris sententia de muliere quæ sponsaliorum tempore ab alio gravis est comperta, facilius vero sponsalia rescinduntur, quam matrimonium jam contractum, & consummatum, & multo magis in sponsa quæ gravis deprehenditur propter alienum, & peregrinum semen, quam in ea quæ ab alio tantum vitata, non gravis reperitur.

De hac questione, inter authores magna est controversia, pro parte negativa contendunt *Juris Canonici*

monici DD. generaliter, & ex juris civilis docto-
ribus, *Wessenbecius*. Qui præter argumenta ex
legibus civilibus, aliis etiam autoritatibus &
rationibus nituntur, utpote 1. Quod *Caus. 29.*
quest. 1. C. unic. Papa respondet quod qui cor-
ruptam, vel meretricem ducit uxorem, quam pu-
tabat virginem, & castam, non magis eam dimit-
tere possit, quam si pro divite pauperem duxisset.
2. Quod *Melancthon* dicat, conditionem, Te ducam
si virginem invenero, turpem esse, atque ea rejecta
pro matrimonio pronunciandum, nedum talis con-
ditio tacite subintellecta aliquid operari debet.
Theol. Examinis Cap. condition. 3. Quod non
minora mala sunt, labes animi vitiosi, quam vitia
corporis, atqui si uxor sit hæretica, infidelis, aliove
vitio quod maritus ignorabat, laborans, eam repu-
diare non potest, *Paul. ad Cor. 1. c. 7.* 4. Quod
sponsa sponsum, ob amissam pudicitiam, repudiare
non potest. Pro parte affirmativa contendunt non
solum Theologi insignes *Beza & Melancthon*, sed
Juris Civilis consulti *Albercius Gentilis, Aruma-*
us, Hunnius, Langius qui cum legibus pro parte
negativa respondent, tum sententiam suam ratio-
nibus aliunde allatis confirmant, utpote 1. Quod
qui cum alio contrahit, ejus conditionem ignorare
non debet, verum esse cum conditio facile explo-
rari possit, virginitas vero corrupta est vitium la-
tens, nec facile investigari potest. 2. Quod qui pa-
rum diligentem socium assumit, de se queri debet,
hoc est, si ex modica negligentia socii damnum
passus sit, sed potest ulteriori societati renunciare.
3. Quod muliere pro virgine empta, etsi emptio
valeat, nec redhibitioni locus sit, quæ non datur
nisi morbus, vel vitium deprehendatur, quæ usum
rei impediatur, decepto tamen datur actio ad rescin-
dendam venditionem, & quamvis matrimonium
cum ejusmodi muliere contractum non sit omnino
nullum, eadem tamen ratione deceptus ad eam

146 *Questionum Juris Civilis*

dissolvendam agere permittendus sit. 4. Quod se-
ro accusat mores quis, quos ducendo probavit, ve-
rum est, quando sciens duxit, nam ignorans proba-
re non potest. 5. Quod etsi maritus non possit ac-
cusare adulterum, nisi sponsa ejus sit violata, cum
sponsa tamen ad repudium agere potest. 6. Quod
etsi inter causas divortii in constitutionibus *Justi-*
niani, hæc non reperitur, id contingere potuit,
prout *Leo Imp.* tradit, vel quia tale crimen non-
dum evenerat, vel quod veteres eventurum arbitri-
trati non sunt, Pro rationibus aliunde allatis alle-
gant. 1. Quod sponsa quæ vitium passa est, Lapi-
dibus sit obruenda. *Deuteronomii c. 22. v. 22.*
2. Quod deficiente conditione matrimonii generali-
ter intellecta conjugii promisso non obligat. *Cap.*
Quemadmodum Extr. de Jure jurando. 3. Quod
conjugia talia exitus tragicos minentur, Quibus ra-
tionibus sententiæ affirmatoriæ assertores sic respon-
dent. 1. Quod leges *Mosis* politicæ populo *Israë-*
lino peculiæres erant, Quod *Homicidia* & alia de-
licta iisdem legibus morte mulctabantur, nec tamen
si ea poena non infligebatur, divortium concedeba-
tur. 2. Quod conditio generaliter intellecta futu-
rum tempus, non præteritum respicit, unde eodem
cap. decernitur, Quod qui cum muliere contrahens
juravit eam semper pro legitima uxore tenere, non
possit eam pro fornicatione quam antea commisit
dimittere. 3. Quod si ob tristium eventuum me-
tum matrimonia penitus dissolvi possint, magnus
aditus ad divortia patefieret, Quod supremum est,
Cuique in animo inducendum, conjugium à Deo
ordinari, itaque ab eo ut prospere succedat, postu-
landum, eique eventus qualescunque sunt commen-
dandi, ut si non omnino ad voluntatem fluant, quod
à Deo impositum est, in æruinoso hujus vitæ cur-
riculo patienter ferendum & sustinendum sit, ita
concludit *Wesseningius*.

Vid.

Vid. Pro sententiâ negativa DD. Juris Canonici.
ad Cap. unicum. Causa. 29. quæst. 1. Wes-
senbecium ad titulum de ritu nuptiarum.
Bronchurstum cent. 3. asserti. 8. pro affirmati-
va Bezam, & Melancthonem, Alberic Geni-
lem de nuptiis lib. 6. cap. 13. Arumæum ex-
erctiat. lib. 2. quæst. 5. Hummum lib. 1. tit. 3.
q. 12 Langium decad. 2. theot. 7.

Q U Æ S T. VII.

*An qui ex uxore nascitur, mariti
filius sit habendus?*

Quod sic,

1. **F**ilium, inquit Ulpianus, eum definimus, qui
ex viro & uxore ejus nascitur, nec feren-
dum, Julianus ait, qui cum uxore sua as-
sidue moratus, nolit filium agnoscere, quasi non su-
um. D. 1. 6. 6.

2. Pater est, inquit Paulus, quem nuptiæ de-
monstrant. D. 2. 4. 4.

3. Non nudis asseverationibus, inquit Dioclet.
& Maxim. nec ementita professione, licet utrique
parentes consentiant, sed ex legitimo matrimonio
concepti, filii jure civili patri constituuntur. C. 4.
19. 14.

4. Si vicinis scientibus & quæst. 3. object. 4.
C. 5. 4. 9.

5. Mulier gravida, inquit Scaevola, repudiata
enixa filium, absente marito, in actis spurium pro-
fessa est, Quæsitum est, an is in patris potestate sit,
& matre intestata mortua, jussu ejus, matris hære-
ditatem adire possit, nec obsit, professio à matre
irata facta, Responsum, veritati locum superfore.
D. 22. 3. 29.

148 *Questionum Juris Civilis*

6. Crimen Adulterii, *inquit Papinianus*, quæ mulieri objicitur, infanti non præjudicat, cum possit illa Adultera esse, & impubes defunctum patrem habuisse. D. 48. §. 11. S. 9.

Quod non,

1. Lucius Titius, *inquit Paulus*, ita testamentum fecit. *Aurelius Claudius*, natus ex ea muliere, si filium meum se esse probaverit, hæres meus esto respondit, filium de quo quæritur, non sub ea conditione institutum videri, quæ in ejus potestate est, & ideo testamentum nullius momenti esse. D. 35.

1. 14.

Resp. Quod aliud est conditio possibilis, aliud conditio potestativa; conditio possibilis est, etiam quæ à casu pendet, ut si navis ex Asia venerit; potestativa, quæ est in ejus potestate à quo est adimplenda, ut si *Titius* in capitolium ascenderit. Filius hæres sub conditione institui non potest, nisi conditio sit in ejus potestate, D. de hæredibus instituendis est. l. 4. Et in hoc casu institutio vitiatur, & ex consequentia testamentum; non quod conditio impossibilis, nam tunc pro non adjecta habenda esset, l. 1. D. de condit. institutionum, & institutio sustineretur, sed quia filius, vel qui erat in possessione filiationis, institutus fuit sub ea conditione quæ non erat in ejus potestate, nec sufficit præsumptio juris ubi probatio formaliter, scilicet coram judice, requiritur.

2. Septimo mense, *inquit Paulus*, credendum est eum qui ex justis nuptiis natus est, justum filium esse, quia receptum est. Septimo mense nasci perfectum partum, ex quo inferri potest, Quod si post nuptias, ante septimum mensem, perfectus partus natus sit, mariti justus filius esse non potest. D. 1. §. 12.

Resp. Quod natus septimo mense mariti filius sit, est præsumptio juris, nec si natus sit ante septimum mensem, necesse est mariti filium non esse, quia

ante

ante nuptias cum uxore concumbere potuit, & tanquam honestius præsumi potest, nisi contrarium probetur.

3. Post decem menses mortis mariti natus, *inquit Ulpianus*, ad legitimam ejus hæreditatem non admittitur. *D. 38. 16. 3. S. 11.*

Resp. Quod apud juriconsultos Romanos, receptum erat, quod per naturam mulier ultra decem menses uterum gestare non posset, & hoc supposito impossibile habebatur, ut post decimum mensem, à morte mariti natus, ejus filius esset, & ea ratione ab hæreditate excludebatur. Fertur tamen *Divus Hadrianus* cum femina bonis, atque honestis moribus undecimo mense post mortem mariti peperisset, causa cognita, requisitis Philosophorum, & Medicorum sententiis, censuisse, undecimo quoque mense partum edi posse, & Judices Parisienses, eam quæ decimo quarto post mortem mariti peperisset, propter honestam mulieris existimationem, absolvisse refert *Gotofredus, ad cap. 2. Novella 39.* Sed ad ea potius jus aptari debet, quæ frequenter, quam quæ raro eveniunt. *D. de Legibus l. 5.*

4. Edicto Prætoris prohibitum est, Ne mulier intra annum luctus, id est, intra decem menses à morte mariti, alteri nubat, & Prætor, *inquit Ulpianus*, ad id tempus se retulit, propter turbationem seminis, solet tamen, *inquit Paulus*, à principe impetrari, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat, Quo casu contingere potest, ut si decimo mense post mortem prioris mariti, & septimo mense post nuptias cum posteriori partus editus sit, incertum erit utrum ex priore, an ex posteriore marito conceptus sit. *D. 3. 2. 1. D. 3. 2. 11. S. 1. D. 3. 2. 10.*

Resp. Quod in hoc casu alii dicunt standum esse declarationi matris, alii medicos, & obstetricas consulendos, aut solitum tempus concipiendi respiciendum. Alii ex eo quod priori, vel posteriori marito sit similior, conjiciendum censent, *Baldus* vero

150 *Questionum Juris Civilis*

ait, quod posterioris mariti filius sit habendus, quia ab eo gigni potuit, & si secus contigerit, sibi imputare debet, quod citius, quam oportuit, uxorem duxerit.

5. *Paulus respondit*, Eum qui vivente patre, & ignorante de conjunctione filiae, conceptus est, licet post mortem avi natus sit, justum filium ei, ex quo conceptus est, non videri. *D. 1. 5. 11.*

Resp. Quod *Paulus* non ait filium non esse, sed filium justum non videri, quia justae nuptiae non erant, quas filia patre ignorante contraherat, & licet morte patris, filia esset sui juris, & nuptiae ratae essent, partus tamen tempore avi conceptus, licet post mortem editus, justus non erat, quia tempus conceptionis, magis quam nativitatis respicitur. *D. de Senatoribus l. 7.*

6. Si fingamus, inquit *Ulpianus*, abfuisse maritum, verbi gratia, per decennium, reversum in domo anniculum invenisse, placet *Juliani* sententia, hunc non esse mariti filium. Et mihi videtur, inquit, quod, & *Scaveola* probat, si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse. *D. 1. 6. 6. S. 1. & 2.*

Resp. Quod cum possibile est partum ex uxore editum, ex marito conceptum esse, censetur ad maritum pertinere, Quia quod honestum est porius quam quod inhonestum, est praesumendum, quod vero impossibile est, sive ratione absentiae, sive infirmitatis praesumi non potest.

7. *Julianus* scribit, inquit *Ulpianus*, si uxore denunciante se praegnantem, maritus non negaverit, non utique suum partum effici, cogendum tamen alere. *D. 25. 3. 1. S. 14.*

Resp. Quod senatusconsulto *Planciano* cautum fuit, ut facto divortio, mulier si praegnans esset, intra triginta

triginta dies marito denunciaret, ut si ei videretur, custodes ad servandum ventrem mitteret, aut renunciarer ex se prægnantem non esse, quæ si non fecisset partum agnoscere, si fecisset partum nihilominus alere cogendus erat, donec contrarium probaretur, vel ex præsumptionibus appareret, idque *Julianus* fieri posse censuit, cum addiderit nam satis injuriosum est, si quis longo tempore abfuerit, & reversus uxorem prægnantem invenerit, & idcirco rejecerit, si quid ex his quæ senatusconsulto continentur omiserit, suum hæredem ei nasci.

Monochius filiationis probationem triplicem esse asserit. 1. Necessariam, quoad matrem solam, quæ semper certa est. 2. Probabilem, quoad patrem quando filius ex uxore nascitur. 3. Præsumptivam quando ex aliis conjecturis, idem colligi potest. Probabilis probatio ab eo extenditur, ut valeat, 1. Et si uxor adulterii rea comperta sit, *l. 11. S. 9. D. ad l. Jul. de Adulteriis*. 2. Et si uxor professæ fuerit, non esse mariti filium, *l. 29. D. de probationibus*, Deinde ab eo restringitur, ut non valeat, 1. Si ante septimum mensem post nuptias, vel post decimum à morte mariti partus editus fuerit. *l. 12. D. de statu hominum, & l. 3. S. 11. D. de Legip. hered.* 2. Si maritus diuturno tempore abfuerit, vel propter infirmitatem cum uxore concumbere non potuerit. *l. 6. S. 1. & 2. D. de his qui sui juris.*

Vid. Paleotum de Nothis & Spuriis cap. 22.

Menochium de Arbitrariis lib. 2. cent. 1.

nu. 89. Donellum comment. lib. 2. cap. 2.

QUÆST. VIII.

An liberi patris conditionem sequantur?

Quod sic,

1. **C**UM legitimæ nuptiæ, inquit *Celsus*, factæ sunt liberi patrem sequuntur. D. 1. 5. 9.

2. Qui nascuntur, inquit *Justinianus*, patris non matris familiam sequuntur. I. 1. 5. S. 1.

3. Qui ex duobus Campanis, inquit *Ulpianus*, natus est, Campanus est, sed & si ex patre Campano, matre Puteolana, æque municeps Campanus est. D. 50. 1. 1. S. 2.

4. Si ex filia Senatoris, inquit *Ulpianus*, quis natus sit, spectare debemus patris ejus conditionem. D. 1. 9. 10.

5. Filios, inquit *Philippus Imp.* apud originem patris, non in materna civitate, etsi ibi nati sunt, ad honores seu munera compelli posse explorari juris est. C. 10. 38. 3.

6. Nullus, inquit *Theodosius & Arcadius*, solius materni sanguinis vinculis alligetur, Quia mulierum infirmitas, nunquam liberos hujusmodi functionibus reddit obnoxios, à quibus ipsæ habentur immunes. C. 10. 31. 44.

Quod non,

1. *Quia partus ventrem sequitur.*

1. *Pomponius*, inquit *Ulpianus*, scribit, si equus tuus equam meam prægnantem fecerit, non esse tuum, sed meum, quod natum est. D. 6. 1. 5. S. 2.

2. *Julianus*, ita inquit, legatum est. Fundum *Cornelianum*, & mancipia, quæ in eo fundo, cum moriar

moriar erunt, hæres meus, Titio dato, Ancilla, quæ in illo fundo esse consueverat, mortis tempore, cum in fuga esset, enixa est. Quæritur an ipsa, & partus ejus legato cedat? Responsum, Ancilla, quamvis in fuga, legata videtur, cui consequens est ut partus quoque matrem sequatur. D. 30. 1. 84. S. 10.

3. Partum Ancillæ, inquit Philippus Imp. matris conditionem sequi, nec statum patris considerari explorati juris est. C. 3. 32. 7.

Resp. Quod in his legibus, non de statu personarum agitur, sed de rerum, & personarum dominio, & proinde, pro commodo dominorum, æquum visum est, sicut in animalibus, ita etiam in servis partum ventrem sequi.

2. Quia liberi matris conditionem & statum sequuntur.

1. Vulgo quæsitus, inquit Celsus, matrem sequitur. D. 1. 5. 19.

Resp. Quod vulgo quæsitus, id est, ex meretricio coitu nati, matris conditionem sequuntur, quia de eorum patre constare non potest.

2. Lex naturæ est, inquit Ulpianus, ut qui sine legitimo matrimonio nascitur, matris conditionem sequatur. D. 1. 5. 24.

Resp. Quod qui extra legitimum matrimonium nati sunt, matris conditionem sequuntur, quoad libertatem, & servitutem, quæ sunt juris naturalis, sive gentium, quia jus civile eos duntaxat respicit, qui ex legitimo matrimonio nati sunt.

3. Siquis, inquit Justinianus, ex matre libera, patre vero servo nascitur, Ingenuus nihilominus habetur. I. 1. 4. in princ.

Resp. Quod inter mulierem liberam, & servum juri civili matrimonium non consistit, sed contubernium habetur, & proinde in eadem conditione sunt liberi, ac si vulgo quæsitus essent, unde si liber homo mulierem servam duceret, liberi ex ea nati servi fierent.

154 *Quaestiones Juris Civilis*

4. *Dioclet. & Maxim.* In liberali causa, inquit, matris, non patris conditio inspicitur, & *Constantinus Imp.* Placuit, inquit, eos, qui nascuntur matrum conditionibus uti, quorum visceribus mox exponuntur. *C. 7. 16. 28. C. 7. 16. 42.*

Resp. Quod liberalis causa est, in qua controversitur de conditione matris, & per consequentiam, liberorum, cum non constat de nuptiis, & dubitatur mater libera fuerit necne, & proinde in ea causa, matris conditio respicitur, à qua pender conditio liberorum.

5. *Ilensis*bus, inquit *Ulpianus*, concessum est, ut qui matre *Ilensi* natus est, sit eorum *municipes*, etiam *Delpis* hoc idem tributum, & concessum est, *Celsus* etiam refert, *Ponticis*, ex beneficio *Magni Pompeii* competere, ut qui *Pontica* matre natus esset, *Ponticus* esset. *D. 50. 1. 1. S. 2.*

Resp. Quod in Principio ejusdem legis, *Ulpianus* ait, si ex privilegio aliquo materna *Origo* censeatur, tunc maternae *Originis*, quis *municipes* erat, & pro exemplis *Ilenses*, *Delpicos*, & *Ponticos* refert, privilegia vero quibusdam concessa, ostendunt jus commune esse in contrarium.

3. *Quia feminae non patris, sed mariti conditionem sequuntur.*

1. *Clarissimaram* *feminarum* nomine, inquit *Ulpianus*, *filiae senatorum*, nisi qui viros *clarissimos* sortitae sunt, non habentur, *feminae* enim *clarissimam* dignitatem mariti tribuant. *D. 1. 9. 8.*

2. *Theodosius & Valentin.* *Mulieres*, inquit, honore maritorum *origimus*, & genere *nobilitamus*, & forum ex eorum *persona* statuimus. *C. 10. 39. 9.*

Resp. Quod *feminae* quam diu in *paternis* *familiiis* manent, *paternae* *conditionis* sunt *participes*, cum vero per *nuptias*, in *alias* *familias* transeunt, *maritorum* *conditionem* sequuntur.

De hac quaestione, ita distinguere, & statui potest quod cum de partu quaeritur, aut agitur de dominio

aut de statu, Cum agitur de dominio, in iis quæ statum non habent, utpote de partu animalium & ancillarum, partus ventrem sequitur, Quia est ventris quiddam accessorium. 2. Cum agitur de statu, aut quæritur de statu secundum jus naturale sive gentium, utpote de libertate, & servitute, & tunc aut liberi suscepti sunt ex iustis nuptiis, vel ex coitu meretricio, vel ex contubernio. 1. Liberi suscepti ex iustis nuptiis, sequuntur patris conditionem, quia etiam si mulier sit ejusdem conditionis patris tamen potior habetur ratio. 2. Liberi ex coitu meretricio suscepti, qui vulgo quæsitici dicuntur, matris conditionem sequuntur, quia pater eorum ignoratur, quod idem est ac si patrem non haberent. 3. Liberi ex contubernio sive inter servos, sive inter alterum liberum, alterum servum in eadem conditione sunt quia jus civile ad eos non pertinet. 2. Si agatur de statu secundum jus civile, veluti de origine, gente, aut dignitate, liberi etiam patris conditionem sequuntur, præterquam. 1. Si pro privilegio iis concessum sit, matris conditionem sequi. 2. Nisi per nuptias, forminæ in aliam familiam transeant, Nam hoc casu non nativæ, & propriæ, qua se exuerunt, sed ascitæ aliunde conditionis censentur.

Vid. Gloss. & DD. ad l. 19. D. de statu hominum, Ulpianum in fragment. De eis qui in potestate, Conianum comment. lib. 2. cap. de Ingeru's.

QUEST.

QUÆST. IX.

An liberi patris conditionem, ad quam, postquam nati sunt, pervenit, sortiantur.

Quod sic,

1. **S**I ad meliorem conditionem pervenerit.

1. Senatoris filium, inquit *Ulpianus*, accipere debemus, &c. nec interest in Senatoria dignitate susceperit, an ante dignitatem Senatoriam. *D. 1. 9. 5.*

2. Senatores, inquit *Paulus*, & eorum filii quoquo tempore nati, origine (quoad munera scilicet) eximuntur. *D. 50. 1. 22. § 5.*

3. In filiis Decurionum, inquit *Ulpianus*, quaestio est, An is solus Decurionis filius esse videatur, qui conceptus, & natus est ex Decurione? An vero & is, qui ante natus est, quam pater Decurio fieret, & quidem quantum pertinet, No fustibus castigetur, & ne in metallum detur, non nocet plebeio natum esse, si honor Decurionatus patri postea accesserit. *D. 50. 22. S. 2. l. 9. S. 1. D. de Fens. l. 8. 19.*

4. *Theodosius & Valentin. Impp.* Cum Advocatio Prætoriana, inquit, centum, & quinquaginta togatis concludatur, jubemus ex his qui ad hîci patronatum pervenerint, cum liberis quâdocunque genitis, liberos & immunes custodiri. *C. 2. 7. 8.*

2. Si pater ad conditionem deteriore[m] devenit.

1. Qui civitatem amittit, inquit *Alphenus*, liberis adimit, quod ab ipso venit. *D. 48. 22. 3.*

2. Filios ejus, qui majestatis reus est, inquit *Aradius & Honorius*, paterna infamia semper comite-

tur,

tur, ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant, &c. C. 9. 8. 5.

Divo Marco placuit, inquiunt Dioclet. & Maxim. Eminentissimorum, nec non perfectissimorum liberos & nepotes, plebciorum pœnis, vel quæstionibus non subijci; Si tamen propioris gradus liberos, (id est, filios) per quos ad ulteriorem gradum, (id est, nepotum) transgreditur, nulla violati pudoris mascula aspergit, unde patris infamia liberos privilegio excludit. C. 9. 41, 11.

Quod non,

1. *Si ad meliorem conditionem pater pervenerit.*

1. Ex libera conceptus & ex servo, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* veluti spurius habetur, nec quamvis pater ejus naturalis manumissus, & natalibus restitutus, Decurionis honorem adeptus fuerit, ut Decurionis filius defendi potest. C. 6. 55, 6.

Resp. Quod Decurionis filius habendus non est, quia nec, ejus qui fit Decurio filius habetur, sed spurius, cum ex iis susceptus sit, inter quos matrimonium consistere non potuit, nec refert quod servus postea manumissus sit, quia quoad conditionem natalium tempus conceptionis solum est spectandum.

2. Omnes, *inquiunt Theodosius & Valentin.* qui post peractam illustrem administrationem vel patre suo adhuc in ea dignitate posito gignuntur, à curialium intentione defendantur, ubi de natis ante dignitatem, nihil statuitur, & in l. 64, 65, 66. C. eodem tit. similiter decernitur, & in l. 66. expresse cavetur, ut anteriores, in pristina conditione permaneant.

Resp. Quod cum ad civitatum & municipiorum utilitatem communem conducat, complures habere, qui in iis publica munera subeant, imperatoribus necessarium visum est, privilegia quibus aliqui ab ejusmodi muneribus publicis eximantur coangustare, & proinde liberis solis post susceptas & peractas

158 *Questionum Juris Civilis*

peractas dignitates, natis, ea privilegia indulgere, quæ ratio late explicatur, in *novella Justiniani* 38. *De Decurionibus & filiis eorum.*

3. Quicumque, inquit *Leo Imperator*, in schola agentium in rebus militans, (id est, in ipsa reipublicæ administratione occupatus sit,) filium antequam ad suæ militiæ metam pervenit, procreavit, Principatus honore decoretur, & licet ipsi post finitam militiam, utpote liber nulla conventionē mulctari debeat, filium tamen cohortali conditioni (id est, Apparitorum Præsidis) obnoxium relinquit, si vero postquam adeptus est principatum, filium ediderit, is qui ita natus est ita liber & securus sit, ut nec ullis cohortalis officii nexibus obligetur, quasi jam ex patre libero, & ab hac conditione penitus alieno, progenitus. *C. 12. 22, 7.*

Resp. Quod ejusmodi privilegia ab Imperatoribus, pro arbitrio concedebantur, ita ut quamvis *Leo Imp.* Liberos principum agentium in rebus ante dignitatem natos cohortalibus officiis obnoxios esse voluit, *Theodosius, & Valentinianus, & Anastasius Impp.* Patronorum fisci liberos, quandocunque genitos à cohortalis conditionis nexibus liberos esse constituerunt, fortassis quia advocatorum fisci opera pluris, quam principum agentium in rebus, aestimabatur.

4. Senator, vel alius clarissimus, inquit *Valens & Valentinianus Impp.* privatos habeant filios, editos quippe antequam susceperint dignitatem, Cum autem paternos honores invidere filiis non oporteat, à senatore vel clarissimo, susceptum dicendum est in clarissimatus dignitate esse mansurum. *C. 12. 1, 11.* *Contra id quod ab Ulpiano traditur in l. 5. D. de Senatoribus.*

Resp. Quod in iis legibus, aliquibus evidens videtur Antinomia, ita ut *Hotomannus, Ulpiani* sententiam hac constitutione, plane abrogatam censuerit, *Gotofredus* vero ait id quod in prima parte legis profertur, in posteriore parte correctum esse, & à clarissimo

clarissimo susceptum intelligendum non minus ante, quam post dignitatem natum, *Duarenus* autem defendit, Hoc rescriptum secundum vulgarem editionem *Ulpiani* sententiæ maxime consentaneum esse, quasi velint *Impp.* Si Senator privatos habeat filios editos, ante dignitatem, (ita enim in vulgari editione legitur) quamvis non videntur clarissimi, tamen quia durum est paternos honores iis invidere, benigniori interpretatione dicendum est eos inter clarissimos habendos.

2. Si pater ad deteriore conditionem devenierit.

1. Filiam senatoris, inquit *Papinianus*, nuptias liberti securum, patris casus non facit uxorem, nam quaesita dignitas liberis, propter casum patris à senatu moti, iis auferenda non est. *D.* 1. 9. 9.

Resp. Quod causa status est favorabilis, & proinde ut durum visum est paternos honores liberis invidere, ita humanitati congruum visum est, non obstante patris infortunio, quod sine infamia contigit, liberis, acquisita dignitate frui, permittere.

2. Eos qui curiali fortuna liberi constituti, inquit *Justinianus*, postea se curiæ cujuscunque civitatis obtulerint, confidere volumus, quod eorum posteritas, non solum jam procreata, sed etiam post talem deditionem procreanda, hujusmodi fortuna libera manebit, nullo audente dicere quod nati vel concepti post talem deditionem, paternam conditionem sequi debeant. *C.* 10. 43. 4.

Resp. Quod *Justinianus* hoc pro speciali privilegio indulsit, prout apparet ex eadem constitutione, ut qui alias immunes erant, alacriores ad conferendam civitatibus hujusmodi opitulationem redderentur.

2. Crimen vel poena paterna, inquit *Callistratus*, nullam maculam filio infligere potest, &c. *D.* 48. 19. 26.

Nullum patris delictum, inquit *Ulpianus*, innocentis filio poenæ est, ideoque nec ordine Decurionum, aut

aut cæteris honoribus propter hujusmodi causam prohibetur. *D. 50. 2. 2. S. 7.*

Resp. Quod in ordinariis & levioribus delictis, prout *Callistratus* ait in eadem lege, Unusquisque ex suo admissio sorti subicitur nec alieni criminis successor constituitur; In gravioribus vero veluti in crimine læsæ Majestatis, & aliis ex quibus infamia irrogatur, paternum infortunium ad liberos etiam ante natos pertinet.

De hac quæstione ita statui potest, 1. Cum ad meliorem conditionem pater pervenerit, aut quæritur de iis quæ de jure communi competunt, utpote de natalibus, & dignitatibus, aut de iis quæ ex privilegio conceduntur, utpote de excusatione à muneribus, & de immunitate à torturis, & à pœnis gravioribus, cum quæritur de natalibus sive de libertate, & servitute liberi eam conditionem parentis sequuntur, quæ fuit eo tempore cum conciperentur, *C. de suis & legit. l. 6.* non eam ad quam pater postea pervenerit, nisi à Concubina nati postea per subsequens matrimonium fiant legitimi, *C. de Naturalibus liberis l. 5.* 2. Cum quæritur de dignitate, utpote clarissimatus, Senatoris filii tam ante, quam post dignitatem nati, clarissimi sunt habendi, *D. de Senatoribus l. 5.* Deinde cum quæritur de iis quæ ex privilegio conceduntur, utpote de immunitate à muneribus, tunc aut munera sunt honesta, & necessaria qualia sunt munera civilia in municipiis, & ab iis liberi nati ante dignitatem à patre adeptam non sunt immunes, *l. 63, 64. & C. de Decurionibus*, aut sunt viliora & minus necessaria utpote officia cohortalia & ab iis plerunque liberi tam ante, quam post dignitatem patris nati, sunt immunes, *C. de Advocat. divers. judiciorum, l. 8. & C. de Advocatis diversorum judicum, l. 2.* 3. Cum quæritur de exemptione à torturis & pœnis gravioribus, liberis ante Decurionatum, non minus quam postea natis exemptio competit, *D. de Decurion.*

Decurion. l. 2. & D. de Pœnis l. 9. 2. Cum pater in deterio rem recidit, aut quæritur de statu aut de immunitate, aut de pœnis. 1. Si quæratu r de statu dignitas acquisita liberis; propter casum patris non amittitur, *D. de Senator. l. 9. 2.* Si quæratu r, de immunitate, immunitas pendet à conditione patris, nisi speciali favore alias concedatur, *C. de his qui sponte subeant. l. 4.* Cum de pœnis quæritur, In levioribus delictum patris non nocet, *D. de Pœnis l. 26.* In gravioribus ob delictum patris conditio liberorum deterior fieri potest, *C. ad. l. Jul. Majest. l. 5. & C. de Quæstionibus, l. 11.*

Vid. Hotoman. Quæst. Illustr. 2. Pacium cent. 1. quæst. 39. Duorenium disputat. anivrsar. l. 2. cap. 29. Nicol. Genoam concil. legum contrar. p. 264.

QUÆST. VI.

Ap duobus una pœnibus, aliter super vixisse, vel postremo mortuus, censendus sit.

Quod non,

1. **O** Ratio imperatoris Antonini, inquit *Ulpianus*, si ei cui donatum est, (à viro scil. aut uxore) antea mors contigerit, nullius momenti donationem esse voluit, Ergo, si ambo, id est vir, & uxor decesserint, naufragio forte ruina, aut incendio, quid dicemus? Et quidem, si possit apparere quis ante spiritum posuit, expedita est quæstio, si vero non appareat difficilis est quæstio. Et magis puto donationem valere. Ait enim oratio, si qui donatum accepit prior vita decesserit, non autem videtur is qui donatum accepit, prior vita decessisse, cum simul decesserint,

decefferint, Et proinde rectissime dicemus, Si invicem factis donationibus, vir & uxor, simul decefferint, utrasque donationes valere quia neuter alteri supervixit, eodem tendit *l. 18. D. de rebus dubiis*, ubi quod *Ulpianus*, ex verbis orationis, *Paulus* ex mente & ratione ejusdem defendit. *D. 24. 1, 32. §. 14.*

2. Si mater, inquit *Martianus*, à marito dorem stipulata sit, mortua filia in matrimonio, sibi reddi, & simul cum filia perierit. Quæsitum est, an hæredi matris ex stipulatu actio competeret? *Divus Pius* rescripsit, stipulationem commissam non esse, quia mater filia non supervixit. *D. 34. 5, 16.*

3. Si dos, inquit *Paulus*, uxori prælegata sit, & uxor simul cum marito perierit, nihil ad hæredem transmittit, quia legataria testatori superstes non fuit. *D. 34. 5, 17.*

4. Si pupillus, inquit *Martianus*, & frater necessarius, qui ei substitutus erat pariter decefferint, Quæsitum est, an, frater fratri hæres extitit, an contra? vel si duo invicem necessarii substituti sint, & una perierint, an hæredes extitisse videantur, vel si alter alteri invicem post mortem hæreditatem restituere rogati fuerint, In his casibus si pariter decefferint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervivisse. *D. 34. 5, 18.*

5. Si dominus, inquit idem *Martianus*, simul cum servis vita functus sit, servi quoad legem *falcidiam*, quasi in bonis ejus, mortis tempore fuerint, non computantur. *D. 34. 5, 18. in fine.*

6. Siquis hæres institutus, inquit *Ulpianus*, rogatusque hæreditatem restituere, si decefferit sine liberis, si suscepit quidem filium, verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decevisse, sed si naufragio, vel ruina, vel quoquo alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit? videamus, & magis non defecisse arbitror, quia non est verum, filium ejus supervivisse, aut igitur filius supervixit patri, & extinxit

extinxit fidei commissi conditionem, aut non supervixit, & conditio extitit, Cum autem quis ante & quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fidei commissi, id est, sine liberis decessisse, magis dicendum est. *D. 36. 1. 17. S. 7.*

6. Si paterfamilias, inquit *Marianus*, Ejus qui novissimus ex filiis moritur, hæreditatis partem proinquo restitui voluit, & simul fratres diem suum obiissent, proinquo si non ostenderit quis novissimus obiisset, ad partem hæreditatis non admitti, sed matrem ex senatusconsulto *Tertulliano*, ad utriusque hæreditatem (cum neuter alteri hæres supervixerit,) admitti constat. *D. 36. 1. 34.*

Quod sic,

1. *Quia alter alteri supervixisse censendus sit,*

1. Cum in bello, inquit *Tryphoninus*, pater cum filio perisset, materque filii, quasi postea, mortui, bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante periisset. *Divus Hadrianus* credidit patrem prius mortuum. *D. 34. 5. 9. S. 1.*

Si *Lucius Titius*, inquit *idem*, cum filio impubere quem solum testamento hæredem scriptum habebat, perierit, intelligitur filius patri supervixisse & ex testamento hæres fuisse, & filii hæreditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium probetur. *D. 34. 5. 9. in fine.*

Cum pubere filio, inquit *Javolenus*, mater naufragio periit, cum explorari non potuit, uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse. *D. 34. 5. 22.*

Resp. Quod in his casibus parentes prius quam liberi decessisse intelliguntur, quia naturali ordine, ascendentes, & majores natu, prius quam descendentes & minores natu, obiisse præsumi potest.

2. Si impubes filius, inquit *Tryphoninus*, cum patre perierit, creditur pater supervixisse, nisi contrarium probetur, *D. 34. 5. 9. in fine. D. cod. l. 23. similiter.*

Inter

164 *Questionum Juris Civilis*

Inter focerum & generum, convenit, *inquit Papinianus*. Si filia mortua anniculum superstitem habuisset, Dos ad virum pertineret, Quod si vivente matre, filius obiisset, uxore in matrimonio defuncta, vir dotis portionem tantum retineret, mulier cum anniculo filio periit, Quia verisimile videtur infantem ante matrem periisse, virum partem dotis retinere placuit. *D. 23. 4. 26.*

Resp. Quod quando impubes cum pubere, vel robustiore periit, infirmitas corporis, ex qua minus morti resistere capax est, facit ut verisimilius sit impuberem, prius quam puberem, vel robustiorem decessisse.

3. Si maritus & uxor, *inquit Tryphoninus*, simul perierint, stipulatio de dote, ex capitulo, si mulier in matrimonio decesserit habebit locum, si non probetur, illa viro superstes esse, ex quo inferitur quod mulier ante maritum obiit, quia in matrimonio decessisse intelligitur. *D. 34. 5. 9. S. 3.*

Resp. Quod non sequitur quod mulier ante maritum obiit, quia in matrimonio discessit, Nam in matrimonio decedit, quæ stante matrimonio decedit, & stare matrimonium dicitur, donec dissolutum fuerit, & in hoc casu, mulier dici potest in matrimonio decedere, quia ante ejus mortem matrimonium dissolutum non fuit.

4. Si cum filio suo libertus, *inquit idem*, perierit, legitima hæreditas liberti intestati, Patrono defertur, si non probetur filius patri supervixisse unde colligitur in hoc casu filium, ante patrem decessisse. *D. 34. 5. 9. S. 2.*

Resp. Quod hic casus singularis habetur, in quo ob favorem patroni ita statuitur, quod agnoscit *Tryphoninus*, qui ait, hæc ideo se dicere, quia reverentia Patronatus hanc interpretationem suggerit, ut Patronus potius, quam extraneus, ad liberti successionem admittatur.

2. *Quia uterque postremo mortuum sit censendus.*

1. Qui duos filios impuberes, habebat, *inquit Tryphoninus,*

Tryphoninus, ei qui supremus moreretur, *Titium* substituit, Duo impuberes simul in navi perierunt. Quæsitum est. An substituto? & cuius hæreditas deferatur? Responsum. Si ex ordine vita decessissent, Priori mortuo frater ab intestato hæres esset, posteriori substitutus, In ea tamen hæreditate, filii etiam ante defuncti hæreditatem haberet. In proposita autem quæstione, ubi simul perierunt, cum neuter frater superstes fuerit, utrique quasi ultimi decessisse videantur an vero neutri? Quia comparatio posterioris decedentis, ex facto prioris mortui sumitur, sed sententia superior magis admittenda est. Nam & qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse, & proximus agnatus intelligitur, etiam is qui solus est, & qui neminem antecedit, & hic utrique, quia neuter eorum alteri superstes fuit, ultimi primique obierunt. Eodem tendit *Africani* sententia in *l. 34. D. de vulgari & pupillari substitutione*, contra id quod tradit *Martianus* in *l. 34. D. ad S. Trebellianum. D. 34. s. 9.*

Resp. Quod in eadem lege *Tryphoninus* videtur agnoscere supremum proprie dici, quem alius præcedit, sed nemo sequitur, & hoc sensu neuter impuberum supremus dici potuit, sed & supremum, & novissimum recte dici eum, quem etsi solus sit, nemo sequitur, In hoc vero casu posteriorem significationem potius eligit, ut substitutio magis valeret quam periret, quod pro regula traditur in *l. 12. D. de rebus dubiis*. In lege vero *34. D. ad Senatus cons. Trebell.* Novissimus proprie intelligitur, quem alius antecedit, & nemo sequitur, quia in eo casu propinquus non erat substitutus in tota hæreditate, sed in parte ejus, qui prius decederet intestatus, succedendi jus habuit, unde nisi substitutus docere potuit, quis novissimus obiit, mater, cui de jure certo, filiorum hæreditas debebatur ad utriusque hæreditatem admittenda erat.

166 *Quæstionum Juris Civilis*

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit quod æquæritur de dispositione legis, aut de dispositione hominis. 1. Si casus contingat circa dispositionem legis. 1. Aut impubes cum pubere moritur & præsumendum est impuberem prius decessisse, *l. 9. S. fin. & l. 23. D. de rebus dubiis*. 2. Aut pubes cum pubere moritur, & tunc si agatur de transmittenda hæreditate inter ascendentes & descendentes, præsumitur ascendens prius decessisse, *l. 22. D. eod.* Si agatur inter collaterales, sive æquales, utpote inter fratres, non creditur alter alteri supervixisse, *l. 34. D. S. Trebell.* 3. Si agatur inter patronum & liberti hæredem extraneum, præsumitur, quod facit pro favore patroni. *l. 9. S. 2. D. de rebus dubiis*. 2. Si casus contingat circa dispositionem hominis, actu inter vivos, vel ex ultima voluntate, nunquam alter alteri supervixisse præsumendus est, nec refert, ntrum impubes cum pubere, an pubes cum pubere simul decesserit.

Vid. Bartolum ad l. Quod pariter, 16. D. de rebus dubiis Donellum *ad l. 9. S. 1. D. eod.*

QUÆST.

QUÆSTIONUM JURIS CIVILIS CLASSIS QUARTA.

QUÆST. I.

An quis alteri prodesse teneatur ?

Quod sic,

1. **S**I ne servus exportetur, inquit *Papinianus*, pœnæ causâ convenit, etiâ affectionis ratione recte agetur, cum beneficio affici hominem, hominis interfit. *D. 18. 7. 7.*

2. Si cui, inquit *Celsus*, simpliciter, per fundum cujusquam, via concedatur, per quemlibet partem ire, agere, licebit, modo civiliter, Nec enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire, agere finendus est, cum id æque commode facere possit minore fundi servientis incommodo. *D. 6. 1. 38.*

3. Siquis, inquit *Ulpianus*, Sepulchrum habeat, si à vicino ire prohibeatur, Imp. *Antoninus* rescripsit iter ad sepulchrum peti precario, & concedi solere, & Prætor etiam compellere debet justo pretio iter ei præstare, ita tamen, ut judex de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum detrimentum patiatur. *D. 11. 7. 12.*

4. In fundo alieno, inquit *Celsus*, quem imprudens emerat, ædificasti, deinde coincitur, suffici

168 *Questionum Juris Civilis*

ficit tibi permitti, ex iis rebus, quæ possis tollere, dummodo ita, ut non fiat deterior fundus, quam in initio ædificatum non foret; Nos vero, *inquit*, constituimus, ut si paratus sit dominus tantum dare, quantum his rebus ablatis, possessor habiturus est, ei potestas fiat. Neque enim malitiis indulgendum est, ut puta, si quis tectorium, quod induxerat, picturasve corrudere velit, nihil laturus nisi ut officiat. *D. 6. 1, 28.*

5. In creditore, *inquit Ulpianus*, qui pignus vendidit tractari potest. An re evicta, ad hoc exempto teneatur, ut actionem pignoratitiam contrariam, quam adversus debitorem habet, præstet? Et magis est, ut præstet, Cui enim non æquum videbitur, vel hoc saltem emptorem consequi, quod sine dispendio creditoris futurum est. *D. 21. 2. 38. Eod. tendit l. 16. S. 1. D. de Receptis arb.*

6. Soluta matrimonio, *inquit Ulpianus*, mulieris dos solvi debet, nec maritus cogitur, alii eam stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil noceat, &c. *D. 24. 3, 12.*

7. Quia fieri poterit, *inquit idem*, ut hæres institutus hæreditatem adire nolit, ne damno afficiatur, prospectum est, ut si fidei commissarius dicat se vellet, suo periculo, eam adire. Et sibi restitui institutus hæreditatem adire, & restituere à Prætoribus cogatur. *D. 36. 1, 4.*

Quod non,

1. Præceptum juris est, *inquit Ulpianus*, alterum non lædere, & cum inter nos, *inquit Florentinus*, cognationem quandam natura constituit, consequens est, Hominem homini insidiari nefas esse, non præcipitur, alteri prodesse, nec nefas esse dicitur, Hominem homini non opitulari. *D. 1. 1, 10. & 3.*

Resp. Quod aliud est præceptum juris, Honeste agere, Honestum vero est, cum quis possit sine suo

fuo
inte
alt
alte
2
bera
neces
litat
in
R
dam
neris
cedu
quæ
Don
& D
neces
boni
aliis
cessit
3.
cont
fiet.
næ p
Treba
mari
in ea
S. 12
Re
quod
imped
non t
non F
rie, l
4.
quod i
miffle
fi jux

suo incommodo alteri prodesse, & conjunctioni, quam inter homines natura constituit, congruit, non solum alteri non insidiari, sed & cum quis commode possit, alteri opitulari.

2. Nemo, inquit *Modestinus*, in necessitatibus Liberalis existit, id est, diversa sunt Liberalitatis & necessitatis officia, Alteri verò prodesse, ad Liberalitatem, non ad Justitiam pertinet. D. 34. 4. 18. in fine.

Resp. Quod quædam ex Liberalitate mera, quædam ex Liberalitate congrua procedunt, Prioris generis sunt, Donationes, quæ nullo Jure cogente conceduntur, l. 12. D. de Reg. Juris; Posterioris sunt quæ ex causa rationabili proveniunt, ut dotis datio, Donationes propter nuptias, l. ult. C. de Donation. & Donationes remuneratoriæ, ad quas etsi nemo ex necessitate Juris obligetur, ex honestate tamen, & boni viri officio, tenetur, & hujusmodi est officium aliis prodesse, & cum quis commode possit in necessitatibus subvenire.

3. Stipulatio damni infecti, inquit *Ulpianus*, continet, quod vitio Ædium, Loci, Operis damnum fiet. In domo mea puteum aperio, quo aperto venæ putei alterius præcisæ sunt, quæritur an tenear? *Trebatius ait*, me non teneri, Neque enim existimari oportet, Operis mei vitio alteri damnum dari, in ea re, qua Jure meo usus sum. D. 39. 2. 24. S. 12.

Resp. Quod quisque suo Jure uti potest in eo quod sibi profit etsi alteri noceat, vel ejus lucrum impediatur, quia cum suo incommodo alteri prodesse non tenetur, sed si quis in suo, id agat, quod sibi non profit, & alteri noceat, tenetur doli & injuriæ, l. 19. 21. D. de Aqua pluvia.

4. Proculus, inquit *Ulpianus ait*, Cum quis Jure quod in suo faceret, quamvis vicino damni infecti promississet, non tamen ex stipulatione eum teneri, veluti si juxta ædificia mea habeas ædificia, eaque tuo Jure

170 *Questionum Juris Civilis*

altius tollas, quamvis meis luminibus officias, Quia scil. non debet videri damnum pati, qui eo veluti lucro quo adhuc utebatur prohibetur, &c. D. 34. 2, 26.

Sicut opus factum, *inquit idem*, ut aqua pluvia mihi noceat, in actionem venit, ita per contrarium quaeritur, An possit aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua quae alioquin decurrens agro meo proderat, eidem profuit? *Offilius & Labeo* putant agi non posse, etiamsi mea intersit, ad me aquam pervenire; Hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non profuit. D. 39, 3, 17, 21.

Resp. Quod actiones damni infecti, & aquae pluviae sunt stricti juris &, ut, *ait Proculus*, ex ea stipulatione quis non tenetur, quia stricto sensu, non videtur damnum pati, qui lucro quo adhuc fruebatur, uti prohibetur, ex eo tamen colligi potest, quod ex aequitate aliud sit statuendum.

5. Aggerem, *inquit Paulus*, qui in fundo vicino erat, vis aquae dejecit, per quod factum est, ut aqua pluvia mihi noceat, *Varus ait*, si naturalis agger fuit me non posse vicinum cogere aquae pluviae actione, ut eam reficiat, vel reponi sinat, Nam hac actione neminem cogi ut vicino profuit, sed ne noceat, aut interpellat facientem, quod jure facere potest. D. 39. 4, 17.

Apud *Namufam*, *inquit idem*, relatum est, si aqua fluens iter suum stercore obstruxerit, ut ex restagnatione agro superiori noceat, posse cum inferioris agri domino agi, ut purgari sinat, *Labeo contra Namufam* probat, Ait, enim naturam agri ipsam à se mutari posse, idque aequo animo ferre unumquemque debere, siue melior, siue deterior ejus conditio fiat, ideoque si terrae motu aut tempestatibus magnitudine, soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut in pristinam causam redigi sinat. D. 39. 3, 2. S. 6.

Resp.

Resp. Quod in priori casu, *Fautus ait*, quanquam aquæ pluviæ actio deficiat, attamen actionem utilem, vel interdictum competere adversus vicinum, si quis velit aggerem restituere in agro ejus, si factus ei prodesse potest, vicino vero nihil nociturus est, quod æquitas, *inquit*, suggerit, etsi jus deficiat, Et in posteriori casu contra *Labeonis* opinionem. *Idem*, Nos tamen, *inquit*, etiam in hunc casum æquitatem admittimus.

6. Si quis, *inquit Gaius*, omiſſa causa testamenti, omnino hæreditatem non possideat, Legatarii excluduntur, Nam liberum cuique esse debet hæreditatem, etiam lucrosam, omittere, licet eo modo legata, libertatesque intendant. *D. 24. 4. 17.*

Resp. Quod edicto si quis omiſſa causa testamenti, &c. Actio datur, si quis eo consilio omittat, ut alios circumveniat, quibus ex testamento quid deberetur, *l. 1. D. eod.* non autem si quis omittat, sine dolo, aut fraude, Et ex eadem lege apparet, quod in fidei commissariis hæreditatibus, si scriptus hæres adire nolit, à Præſide cogi potest, & ita in causa Legatorum autoritate Principis, etiam præcipi potest, *l. 16. S. 17. D. ad S. Trebell.*

7. Si cui, *inquit Ulpianus*, legatum relictum fuerit, isque rogatus sit liberos suos emancipare, *Papinianus* scripsit, etsi agnoverit id quod sibi relictum est, non esse cogendum liberos emancipare. *D. 35. 1. 92.*

Resp. Quod jure ordinario pater non est cogendus liberos suos emancipare. Quia patria potestas sancta est, & inæstimabilis, sed jure extraordinario cogi potest, ita postea in eadem lege *Ulpianus*, arbitror, *inquit*, eum qui agnovit id, quod sibi relictum hac contemplatione ut liberos suos emanciparet, extra ordinem debere constitui, cogendum emancipare. Officio judicis, *inquit Bartolus*, etsi non jure actionis.

172 *Questionum Juris Civilis*

De hac quaestione *Bartolus* sic distinguit. Quod id quod alterius causa exigitur, potest aut sine incommodo fieri, aut non sine incommodo. 1. Si sine incommodo fieri potest aut contractus praecessit, ex cuius natura est, ut tale aliquid fiat, & illud quis cogendus est facere, *l. 38. D. de Evictionibus*, aut non praecessit contractus, & tunc aut alius ex facto alterius aliquid est lucraturus, & tunc si spectet ad negotium favorabile, utpote ad dotem, testamentum, & piam causam, &c. quis ut faciat cogi potest, *l. 2. S. 1. D. Solutio matrimonio*, *l. 4. & 6. S. 5. D. ad Stum. Trebell.* & *l. 12. D. de Religiosis*, vel spectat ad aliam causam, sive negotium, & quis, ut faciat cogi non potest, aut ex facto alterius aliquis damnum aliquod est evitaturus, & tunc aut petitur, ab eo ut quod antea erat restituatur, & cogendus est, *l. 2. S. 1. D. de Aqua pluvia*, vel ut aliquid de novo fiat, vel concedatur, & non est cogendus, *l. 9. D. de Servitut. urbanorum praed.* 2. Si id quod exigitur sine alterius incommodo, fieri non potest utpote quod laborem, vel impensas ejus requirit, quis non est cogendus id facere.

Mihi ulterius sic statui posse videtur quod aut quaeritur, An quis alteri prodesse teneatur, Jure aliquo in genere, utpote Naturali, & ex Aequo & Bono, an Jure, & lege aliqua speciali, & Civili, & censeo, quod Jure Naturali, & ex Aequo & Bono cui congruit, ut quis alteri faciat, quod sibi fieri velit, quisque tenetur, si commode possit, alteri prodesse; quod vero spectat ad Jus Civile, vel legem aliquam particularem, ex qua Actio Civilis datur, utpote damni infecti. Aquae pluviae, Edicti siquidem omissa causa testamenti etsi Actione directa cogi non possit, ultra id quod verbis legis, vel Edicti expresse praescribitur, Actione tamen utili, Officio Judicis, & autoritate Principis, ad id quod ex Aequitate, sive Naturali ratione debetur praestandum cogi potest.

*Tit. Bartolum & DD. ad l. 2. nu. 13. D. Solutio
matrimonio, Ciceronem officiorum, lib. 2.*

Q U Æ S T. II.

An invito quicquam acquiri, aut adimi possit?

Quod non,

1. **Q**UOD nihil acquiri possit.

1. Beneficium, *inquit Paulus*, invito non datur. *D. 50. 17. 69.*

2. *Anastasius Imp.* Jubemus, *inquit*, licere Parentibus, si liberos quos in potestate habent, per emancipationem sui Juris constituere maluerint, Supplicationibus super hoc porrectis, Divinum Oraculum mereri, si tamen ipsi (id est, liberi) suam etiam voluntatem consonare docuerint. *C. 8. 49. 5.*

3. Si quidam ex Servis, *inquit Justinianus*, libertatem in testamento datam amplexi fuerint, alii respuendam censuerint, in hac specie liberum maneat servorum arbitrium, (licet Romanam Civitatem recusare nemini servorum licet) In hoc tamen casu, ne propter quorundam indevotionem, alii maneant in servitute, Servis quidem volentibus in libertatem pervenire licere, nolentibus autem, vel recusantibus spontaneam servitutem imminere oportet, ut quem Patronum habere noluerint, Dominum suum, & forsitan acerbum, sentiant. *C. 7. 2. 15. S. 2.*

4. Senatusconsulto, de assignandis libertis, *inquit Ulpianus*, cavetur, Si qui duos pluresve liberos habet, de liberto, libertave sua significasset, cujus ex liberis suis eum libertum, libertamve esse velit, is solus Patronus ei existat, sed si is cui assignatus est, repudiaverit, puto verius, quod & *Marcellus scripsit*, fratres ejus admitti posse. *D. 38. 4. 1.*

5. Invito, *inquit Ulpianus*, nemini bonorum possessio acquiritur. *D. 37. 1. 3. S. 3.*

174 *Questionum Juris Civilis*

6. Non potest, *inquit idem*, liberalitas nolenti acquiri. *D. 39. 5, 19. S. 2.*

7. *Arcadius & Honorius*, Nec emere, *inquiunt*, nec donatum assequi, quisquam compellitur. *C. 6. 30, 16.*

8. Si debitor tuus, *inquit Labeo*; non vult à te liberari, & præsens est, non potest invitatus à te solvi. *D. 46. 3, 91.*

2. *Quod invito non potest admitti.*

1. Id quod nostrum est, *inquit Pomponius*, sine facto nostro, ad alium transferri non potest. *D. 50. 17. S. 1.*

2. Conveniens est, *inquit Justinianus*, Naturali æquitati voluntatem domini (non alterius) volentis rem suam in alium transferri ratam haberi. *I. 2. 1. S. 40.*

3. Si contra mandati tenorem, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* Procurator tuus fundum ad te pertinentem vendidit, nec venditionem postea ratam habuisti, dominium ejus tibi auferre non potuit. *C. 4. 35, 12.*

4. Mater tua, *inquit Alexander Imp.* vel maritus fundum tuum, te ignorante, vel invito jure vendere non potuit, sed rem tuam à possessione vindicare, etiam pretio non oblato, poteris. *C. 3. 32, 3.*

5. Cum servus, *inquit Gaius*, alicui jure pignoris obligatus est, qui in jure servum suum esse responderit, quamvis noxali judicio teneatur, non potest noxæ deditio, ipso jure liberari; Quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, qui ipsi domini non sunt. *D. 9. 4. 27. S. 1.*

6. Si reus, *inquit Furius Anthianus*, qui pactus est pecuniam à se peti non posse, ideoque capit id pactum fidejussori prodesse, pactus sit, ut à se peti liceat, Quæsitum est, An utilitas prioris pacti fidejussori sublata sit? Sed verius est, Pacti exceptionem semel fidejussori acquisitam, ei invito extorqueri non posse. *D. 2. 14, 62.*

Quod

Quod sic,

1. *Quod invito beneficium dari, vel acquiri possit.*

1. Illud semper constitit, *inquit Gaius*, Præsidem posse tutorem dare tam præsentem, quam absentem, nec non ignorantem, & invito. *D. 26. 5, & 5. 6.*

Resp. Quod Pupillus, cui tutor datur ignarus, & non consentiens esse potest, Invitus proprie dici non potest, quia impuberis, nec iudicium, nec voluntas intelligitur, & ejus defectus à Præsidente suppletur, qui auctoritate juris publici, Pupillis, qui nec testamentarios, nec legitimos tutores habent, dandi potestatem habet.

2. Patri, *inquit Gaius*, pro filio restitutio omnino est præstanda, licet filius restitui nolit, & parenti, *inquit Ulpianus*, pro filio, in possessione servitutis constituto, libertas datur, etsi filius nolit litigare, & versa vice, liberis, etiam parentorum invito- rum eadem facultas danda est. *D. 44. 27. D. 40. 12, 1.*

Resp. Quod patris interest, ratione peculii, in quo ejus etiam interesse vertitur, filio restitutionem dari, & in liberali causa, in qua de libertate, & servitute liberorum & parentum agitur causa non ad eorum seorsim præjudicium solum, sed ad utrorumque statum pertinet, & proinde pro alterutris invitis alii in iudicio intervenire possunt.

4. Nobis etiam invitis, *inquit Gaius*, per servos nostros acquiritur, pame in omnibus causis, Et servus, *inquit Julianus*, si vetante domino ab alio stipulatus sit, nihilominus domino obligat promissorem. *D. 41. 1, 32. D. 45. 1. 62.*

Resp. Quod in servi persona acquisitio alicujus juris non consistit, nisi in quantum ejus personæ persona domini subjicitur, & subternitur, ex qua persona domini, licet ignorantis, & quodammodo inviti, sive non volentis, acquisitio sustinetur, donec

176 *Questionum Juris Civilis*

Domini dissensus apparuerit & quod dicitur si servus domino vetante stipulatus fuerit, Promissor Domino obligatur, verum est, quoad promissorem qui nihil de contraria voluntate Domini intelligit, sed quoad Dominum, Obligatio cum effectu non acquiritur, nisi stipulationem postea ratum habuerit.

5. Debitorem tuum, *inquit Paulus*, etiam praesentem, & invitum ita liberare poteris, supponendo alium, à quo novandi causa, stipuleris. Quod etiam, si acceptum non fecerit, statim quod ad te attinet, res peribit. Nam te petentem Doli mali exceptio, excludit. *D. 46. 3. 91.*

Resp. Quod in hoc casu verum est, quod quoad creditorem res peribit, vel debitum extinguetur quia eum petentem exceptio Doli excludit, cum ob idem debitum alium obligatum acceperit, sed nihil impedit quin Debitor, si velit solvere possit, & si ab eo petitum sit exceptione non uti.

6. Solvendo, *inquit Gaius*, quisque pro alio, licet ignorante, & invito, liberat eum, naturalis enim & civilis ratio suadet, alienam conditionem etiam ignorantis, & inviti, meliorem quidem nos facere posse, deteriorem non posse. *D. 3 §. 35.*

Utrum praesente debitore, an absente, *inquit Ulpianus*, quis constituat, parum refert, etiam eo invito, aliquem constituere posse, *Pomponius* scribit. *D. 13. 5. 27.*

Resp. Quod Debitum solvi, non modo in Debitoris, sed & in Creditoris utilitatem cedere potest, & proinde non solum cum quis pecuniam debitam pro alio realiter solvit, sed & si pro alio se debitum soluturum constituat, ex quo Creditor de certo tempore solutionis fit securior, quoad ipsum, debitum prius extinguitur.

2. *Quod invito aliquid adimi possit.*

1. Jure Civili, *inquit Justinianus*, constitutum est, ut qui bona fide ab eo, qui Dominus non est, cum crederet eum Dominum esse, rem aliquam justa causa cœperit, eam anno, vel biennio usu capere possit. *I. 2. 6.*

Resp. Quod usucapio bono publico Jure Civili est introducta, Ne rerum quarundam Dominia diu, aut semper incerta essent, cum sufficiat Dominis ad res suas inquirendas statuti temporis spatium, *l. 1. D. de usurpat.* Nec sine tacito consensu prioris Domini procedere videtur, vix enim est, ut non alienare videatur, qui usucapi patitur, *l. 28. D. de verb. sig.*

2. Si cessante solutione, *inquit Gordianus Imp.* Creditor lege Contractus non reluctante ea quæ sibi pignori obligata erant, distraxerit, venditionem revocari est iniquum, Cum si quid in ea re Creditor fraudulenter fecerit, non emptor sed ipse conveniendus sit. *C. 5. 27, 8.*

Resp. Quod accidit aliquando, *uti ait Justinianus*, ut qui Dominus non sit, rei alienandæ potestatem habeat, ita Creditor, ex pactione, quamvis ejus res non sit, alienare potest, cum in Contractu sic convenit, ut si pecunia non solvetur liceat Creditori pignus vendere, *Instit. Quibus alienare licet. S. 1.* Et in hoc casu voluntate Domini, pignus alienari intelligitur.

3. Si Debitor, *inquiunt Dioclet. Maximin.* rem tibi Jure pignoris obligatam te non consentiente distraxerit Dominium ad emptorem transtulit. *C. 8. 28, 12.*

Resp. Quod in eadem lege dicitur, Dominium cum sua causa transtulit, ut in re vendita Creditor idem Jus pignoris habeat, quod ante venditionem obtinebat, ita ut Jus Creditoris per rei distractionem nec ei auferatur, nec in alium transferatur.

178 *Quæstionum Juris Civilis*

4. Si plures sint focii, *inquit Justinianus*, uni ex his libertatem servo imponere cupienti, alii omnes necessitatem habent, partes suas, quas in servo possident, ipsi vendere. *C. 7. 7. 1. S. 1.*

Resp. Quod hoc favore libertatis constitutum est & sine cujusquam præjudicio, cum ut alii domini suas in servo partes vendere, ita is qui manumittere intendit, pro iis partibus justum pretium solvere teneatur.

5. Lucius Titius, *inquit Paulus*, prædia in Germania trans Rhenum emit, horum possessiones, ex præcepto principali partim distractæ, partim in præmia veteranis assignata sunt, &c. *D. 21. 2. 11.*

Resp. Quod hujusmodi prædia videntur ab Imperatore ex plenitudine potestatis distracta & ad remunerandum milites bene meritos, veteranis assignata, qui nihilominus ad solutionem pretii, ei qui emit tenebatur.

6. Titius, *inquit Sævola*, pecuniam à Gaio Seio suscepit sub pignore Culleorum, istos Culleos cum Gaius Seius in horreo haberet, Centurio ex officio annonæ missus, Culleos ad officium annonæ transtulit, &c. *D. 13. 7. 43. S. 1.*

Resp. Quod Centurio videtur Culleos ob necessitatem reipub. circa annonam, non tam abstulisse, quam ad præsentem usum accepisse, & postea pro ut in eadem lege apparet, ad instantiam Gaii Seii restituisse.

De prima parte quæstionis an quicquam invito acquiri possit, *Julius Pacius* ita statuit, Quod inviti per se nihil acquirere possunt. *l. 19. D. de Donationibus*, Per alios autem possunt, veluti, si quis pro alio debitum solvar, *l. 39. D. de Negot. gestis*, maxime per servos, qui ex personis Dominorum, iis ignorantibus, & non consentientibus acquirunt, præterquam in hæreditatibus adeundis, quas cum onerosas esse contingere possit, sine eorum consensu adire non possunt.

Mihi vero, observandum videtur, quod invitus proprie, improprie, & magis improprie dici possit; proprie invitus est, qui renuit, aut vetat, ut in *l. 62. D. de verb. oblig.* Improprie invitus dicitur non qui renuit, aut vetat, sed qui consensum non adhibet, ut in *l. 8. S. 1. D. de Procurator.* Magis improprie invitus est, qui nec consentire, nec dissentire potest, ut Infans & furiosus *l. 45. S. 3. D. de ritu nup.* Proprie invito nihil acquiritur cum effectu, improprie invitus per alios acquirere potest donec dissensum suum declaret, Magis improprie invitus etiam acquirere potest, cum ejus consentiendi defectus, ab aliis qui potestatem habent, suppleri possit.

De secunda parte an aliquid invito adimi, vel auferri possit. *Donellus*, Regulæ qua traditur, Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest, Exceptiones, ad dispositionem Juris, & ad auctoritatem personæ reducit. 1. Ex dispositione Juris. 1. Cum justa possessione, & usu aliquid alteri acquiritur, *Instit. de usucap. S. 1.* 2. Cum quid à fisco procedit, *Instit. eod. S. ult.* 3. Cum propter delictum quis Jure suo privatur. *l. 31. D. de positi.* 2. Ex auctoritate personæ. Principis scilicet, Magistratus, vel Judicis. 1. Cum à Principe quid auferitur, *l. 3. C. de Jure Domini impetrand.* 2. Cum à Magistratu. 1. Cum ob utilitatem Domini futuri res hæreditariæ perituræ alienantur, *l. 5. S. 1. C. de Jure de liber.* 2. Cum jurisdictionis exequendæ causâ, contra debitores non solventes, vel latitantes sit missio in bona, *l. 15. S. 2. de re judicat.* 3. Ex auctoritate Judicis. 1. Cum in causâ damni infecti, ex secundo decreto, jussus possidere, fit rei Dominus. 2. Cum in causâ noxali propter delictum servi, servus ei cui damnum fecit, adjudicatur. 3. Cum in tribus judiciis divisiis nempe familiæ erciscundæ, Finium regundorum, & communium dividendo, hinc inde sunt adjudicationes.

Vidi

180 *Quaestionum Juris Civilis*

Vid. *De prima parte* Gloss. & DD. ad l. 69. D. de Reg. Juris Pacium, cent. 6. quæst. 92. de *secunda* Gloss. & DD. ad l. 11. D. de Reg. Juris Donellum Comment. lib. 5. cap. 2. & 3. Bronchurst. cent. 4. assert. 97.

Q U Æ S T. III.

An quis plus Juris ad alium transferre possit quam ipse habet.

Quod non,

1. **N**EMO, inquit Ulpianus, potest plus Juris ad alium transferre quam ipse habet. D. 50. 17. 54.

2. Non debeo, inquit Paulus, melioris conditionis esse quam author meus, à quo Jus in me transit. D. 50. 17. 175. S. 1.

3. Nemo plus commodi, inquit idem Paulus, hæredi suo relinquit, quam ipse habet. D. 50. 17. 12.

4. Absurdum est, inquit Ulpianus, plus Juris habere eum cui fundus legatus est, quam hæredem, aut ipsum testatorem, si vixisset. D. 50. 17. 160. 2.

5. Proconsul, inquit Ulpianus, ingressus provinciam, Jurisdictionem Legato suo mandare debet, nec hoc ante facere, Est enim perquam absurdum antequam ipse Jurisdictionem nanciscatur, (nec enim prius, ei competit quam in provinciam venerit) alii eam mandare, quam non habet, D. 1. 14. 4. in fine. Eodem tendit, l. 1. C. Qui pro sua Jurisdic.

6. Traditio, inquit Ulpianus, nihil amplius ad eum

eum qui accepit, transferre debet, quam est, apud eum qui tradit, Siquis igitur in fundo dominium habet, tradendo id transfert, si non habet, nihil ad eum qui accipit transfert. *D. 41. 1. 20*

Eodem tendunt, *l. 11. S. 2. D. de Action. Empti. l. 14. C. de Donationibus l. 1. S. 15. D. Siquis testamento liber esse iussus, &c.*

Quod sic,

1. Aliquando, inquit *Papinianus*, Proconsul Jurisdictionem mandare potest, etsi nondum in Provinciam pervenerit, (ubi ipse primum Jurisdictionem habere incipit) quid enim si, necessariam moram, in Itinere patiat? maturissime autem in Provinciam Legatus perventurus sit. *D. 1. 165.*

Resp. Quod ex eadem lege colliget *Accursius* hunc casum specialem esse in quo Proconsuli ex necessitate impedito aliquid indulgetur, ut provinciae consulatur.

2. Unusquisque, inquit *Julianus*, potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat, & Interdum, inquit *Javolenus*, ejus rei possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus, veluti cum is qui pro hærede rem possidet, antequam Dominus herit, precario eam ab hærede rogavit. *D. 43. 26. 18. D. 41. 2. 21.*

Resp. Quod qui rem non possidet naturaliter, id est, corpore, sed Civiliter, id est, animo, potest ei qui possidet naturaliter concedere, ut precario possideat, & prout *Castrensis* ait, eo ipso quod quis precario rem ab alio rogavit, juris fictione in eum naturalem possessionem transfert, & incontinenti ab eo, qui rogatus est, recipit, quod confirmat id quod traditur in *l. ult. D. de Precario*. Ubi *Pomponius* ait, Si id quod possides alium rogaveris, videris tu ex prima causa desinere possidere, & incipere ex precario habere. *43. 26. 22.*

3. Qui

182 *Questionum Juris Civilis*

3. Qui, mala fide, rem alienam nactus est, *inquit Justinianus*, eam usucapere non potest, qui vero eum dominum credens bona fide, ab eo emit, usucapere potest. I. 2. 6. §. 1.

Resp. Quod usucapio impeditur aliquando vitio reali, aliquando personali, vitium reale est, furtum, vis, rapina, & personale est Mala fides. Vitium reale rem ipsam afficit, & quemeunque possessorum impedit, vitium vero personale, ut Mala fides, personæ tantum cohæret, & ideo qui rem ab alio, qui mala fide comparavit, bona fide emit, usucapere non impeditur.

4. Quod nostrum non est, *inquit Paulus*, ad alios transferimus, veluti is qui fundum habet, quamvis usumfructum non habet, tamen usumfructum alteri cedere potest. D. 7. 1. 63.

Resp. Quod qui fundum habet, id est, fundi est Dominus, quamvis usumfructum formalem non habet, quia ususfructus servitus est, & res sua nemini servit, usumfructum tamen materiale habet, quatenus in pleno Dominio usus, & fructus continentur, & cum usumfructum alteri cedit, commodum ejus rei cujus ipse dominium habet, ei cedit.

5. Non est novum, *inquit Ulpianus*, ut qui Dominium non habeat, alii Dominium præbeat. Nam & Creditor pignus vendendo, causam Dominii præstat, quam ipse non habet. D. 41. 1. 46.

Resp. Quod Creditor non ex persona propria, sed ex persona Debitoris, qui rei Dominus, causam Dominii alteri præstat, cum ex pactione, si pecunia soluta non sit, rem oppignoratam vendendi potestatem habeat, Nec refert, utrum ipse Dominus, an ex ejus voluntate alius rem vendat.

6. Emptorem fundi, *inquit Alexander Imp.* non est necesse stare Colono, cui prior Dominus locavit, & cui ipse stare necesse habuit, unde emptori licet, quod venditori non licebat. C. 4. 65. 9.

Resp.

R. sp. Quod Dominus fundi, qui cum alteri locavit, personam suam, non fundum ipsum Conductori Obligavit, quæ Obligatio, ad Emptorem fundi non transit, Conductor vero contra venditorem agere potest ad id, quod ejus interfuit, in conducti-
one manere, qui *ut ait Alexander*, sibi imputare debet, quod in venditione Jus locationis Colonos non reservavit.

7. Reperitur Casus, *inquit Julianus*, quo hæres agere potest, quamvis Testator, id est, prædecessor agere non potuerit, veluti, si Tutor cum solveret, stipulationem non interposuisset, Quanto plusquam, per legem Falcidiam capi licuerit, solum fuit reddi, Pupillus quidem eo nomine non agit, sed hæredi ejus Tutor, hoc quoque nomine obligatus erit. *D. 35. 2. 84.*

R. sp. Quod Casus hujus legis, prout ab *Accursio* explicatur, est hujusmodi, *Titius Seium* filium impuberem hæredem instituit, eique *Sempronium* pupillariter substituit, & quædam legata ab hærede instituto, quædam à Substituto præstanda reliquit. Tutor filii impuberis ea legata integra persolvit, nec Legatarios astrinxit ad restituendum, quantum per legem Falcidiam percipere non licebat. *Seio* impubere decedente *Sempronius* in hæreditate successit, à quo cum reliqua legata peterentur, non potuit, quantum per legem Falcidiam licuit retinere; Hoc casu, *inquit Julianus*, Pupillus contra Tutorem agere non potuit, Quia eo vivente Legi Falcidiæ locus non erat, cum plusquam quarta pars bonorum in hæreditate superesset, *Sempronio* vero qui in hæreditate successit, Tutor erat obligatus, cum ex ejus culpa, sive omissione damnum sentiebat, quia cum ad reliqua legata præstanda teneretur, quod per Legem Falcidiam deduci oportuit, retinere non potuerit, Itaque ei contra Tutorem actio compete-
bat, quia damnum passus erat, hæredi instituto non debatur, cum ex ea culpa nullum damnum sensisset.

184 *Questionum Juris-Civilis*

8. Non solum Minoribus, *inquit Ulpianus*, verum successoribus quoque minorum datur in integrum restitutio. Interdum tamen, successori plusquam annum dabimus, ut est Edicto expressum. Si forte ætas ipsius subveniat, Nam post annum vice-simum quintum, habebit Legitimum tempus. D. 4. 4. 18. & 19.

Resp. Quod jure hæreditario idem tempus ad petendam restitutionem successorii conceditur, quod defuncto, sed jure proprio, id est, propter ætatem ipsius hæredis, contingere potest, ut ei plus temporis detur, quam defuncto, ut si Minor viginti annis, Minori viginti trium successerit, ad petendam restitutionem, non ad sex annos restringitur ex persona defuncti, sed novem annos habebit ex persona sua, ratione propriæ ætatis. non jure hæredis. Nam uti in eadem lege traditur, Præter restitutionem defuncto debitam ipsi etiam decepto, restitutio competere potest.

Jacobus Gotofredus ita statuit, Quod regula Nemo potest plus Juris ad alium transferre, quam ipse habet, proprie est de æquo defuncti & hæredis jure, Potest tamen produci ad alias quoque personas quæ jus suum, ex alterius veluti Authoris persona, derivant, utpote ad Emptores, Legatorios, successores quoscunque juris, vel domini, qui in alterius locum succedunt. Ab *Accursio*, & *Decio* novem Limitationes ad hanc regulam afferuntur, utpote cum à non Domino ratione officii, vel ex dispositione juris, vel ex expressa, vel tacita Domini voluntate, res ab alio in alium transferuntur, quos *Gotofredus* non probat, Ipse vero ad l. 157. D. *eod.* Non debeo melioris conditionis esse quam Author meus, à quo jus in me transit, agnoscit quod in re, jureve Auctoris, & successoris, non est eadem ratio, si vel personæ, vel causæ mutatio, rei vel juris quoque conditionem mutari suadebat, seu juris inter eos diversitatem inducat,

ut

ut in l. 68. & l. 196. D. eod. Author enim propriè dici, & haberi debet, Is cujus mero jure, nititur ille in quem jus transit.

Vid. Glossam. Decium & alios præcipue Jacobum Gorosfredum ad l. 54. D. de Regulis juris. Dynum & alios ad cap. 79. de reg. Jur. in 6. Pacium, cent. 3. q. 1.

QUÆST. IV.

An rei cujusque commodum, & incommodum, ad eundem pertinere debeat?

Quod sic,

1. **Q**uod qui commodum percipit, etiam incommodum sustinere debet.

1. Lege 12 tabularum, inquit Justinianus, Libertorum Tutela ad Patronos, eorumque liberos pertinet, quæ & ipsa Legitima Tutela vocatur, &c. Eo enim ipso quod Libertorum hæreditates, si intestati decessissent, Lex jussit, ad Patronos, Liberosve eorum pertinere, Veteres crediderunt Legem voluisse etiam Tutelas, ad eos pertinere. Cum & Agnatos quos ad hæreditatem Lex vocat, eosdem & Tutores esse jussit. Quia plerumque ubi est successionis Emolumentum, ibi & Tutelæ onus esse debeat. l. 1. 17.

2. Usufructu legato, inquit Ulpianus, omnis fructus ad usufructuarium pertinet, & quoniam omnis fructus rei ad eum pertinet eum quoque ædes reficere per arbitrium cogi Celsus scribit D. 7. 1. 7. Eodem tendunt, l. 18. l. 68. S. 2. & 69. D. eod.

3. In societate, inquit Justinianus, æquales partes lucri & damni sunt, si nihil de partibus lucri

lucris, & damni convenerit, sed quid si de lucro aliquid expressum sit, nihil de damno? Eadem damni quæ lucris ratio habenda est. I. 3. 25. S. 1.

4. Senatusconsulti Trebell. *inquit Ulpianus*, verba hæc sunt cum esset æquissimum in omnibus fidei-commissariis hæreditatibus, siqua de bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transfertur, potius quam cuiquam periculosam esse fidem suam, Placet actiones quæ in hæredem dari solent, in eos dari, quibus ex testamento fidei-commissum restitutum fuisset. D. 36.

I. 1.

5. Sancimus, *inquit Justinianus*, quæ in causa caduci fieri contingebant, apud eos manere, quibus sunt relicta, siue hæredes, siue legatarios. Sed & omnes quibus per hunc ordinem lucrum deferretur, eos etiam gravamen, quod ab initio erat connexum, omnimodo sustinere, siue in dādo constitutum sit, siue in quibusdam faciendis: Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. C. 6. 51.

I. S. 4.

2. *Quod is qui incommodum sentit, commodum percipere debet.*

1. Secundum naturam est, *inquit Paulus*, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda. D. 50. 17. 10.

2. Cum emptio & venditio est contracta, *inquit Justinianus*, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet. Itaque si fundus vi fluminis totus, vel aliqua parte sit ablati, damnum est emptoris, Et si post emptionem aliquid accesserit, ad emptoris commodum pertinet nam & commodum ejus esse debet, cujus est periculum, I. 3. 23. S. 3. l. 7. D. de periculo & commodo rei venditæ similiter.

3. Dotis fructum, *inquit Ulpianus*, ad maritum pertinere æquitas suggerit, Cum enim ipse onera matrimonii

matrimonii, subeat, æquum est eum etiam fructus percipere. D. 23. 3. 7.

4. Si extraneo hærede instituto, inquit *Paulus*, alicui legatum sit, si hæredi decem dederit. Ita ei Legatorum actio datur, si ei qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, dederit, non hæredi scripto, Quia absurdum est illem commoda hæreditatis habere, alium in præstandis Legatis onera sustinere. D. 37. 5. 15.

5. Re commodata, inquit *Justinianus*, furto sublata, & fure non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam condemnato, ad commodatarium, qui litem prosecutus est, non ad rei dominum lucram perveniet. Ubi enim periculum est, ibi & lucrum collocari debet. C. 6. 2. 22.

Quod non,

1. *Quod qui commodum percipit incommodum sustinere non tenetur.*

1. Si Libertus, inquit *Ulpianus*, filix assignatus sit, Hæreditas ad sororem pertinebit, tutela vero fratri remanebit. D. 26. 4. 4. in fine.

Resp. Quod *Regula Juris* 73. Quo hæreditas, pertinet, eo tutela tendit, hanc habet exceptionem nisi fœmina hæres intercedat, *Instit. de Legit. Patro-tutel.* Ubi dicitur plerumque, ubi est Successionis emolumentum ibi & Tutelæ onus esse debet. Idèoque, inquit *Justinianus*, Plerumque dicimus, quia si à fœmina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur cum alius Tutor sit, Ratio est, quia Tutela est virile officium à quo fœminæ excluduntur, l. 16. D. de Tutelis.

2. Nemo, inquit *Justinianus*, neque frater, neque alius Legitimus in Tutelam sive ingenui, sive Liberti vocetur, antequam vicesimum quintum ætatis suæ annum impleat, &c. Omnibus quæ de successi-
onibus tam ingenuorum, quam Libertorum, prio-
ribus

188 *Quaestionum Juris Civilis*

ribus Legibus disposita sunt, in suo robore duraturis, Ne videantur minores viginti quinque annis, ex eo quod ad Tutelæ gravamen non veniunt, Successionis Emolumentum amittere *C. 5. 30. 5.*

Resp. Quod minores 25 annis, ad Tutelam aspirare prohibentur, ut in eadem Constitutione apparet, Quia incivile est eos, qui rebus suis administrandis alieno auxilio egere noscuntur, aliorum tutelam & curam gerere, Et proinde recte ad Successiones quarum capaces sunt admittuntur, etsi ad tutelas obeundas minus idonei habeantur.

3. Quod negligentia Socii perit, *inquit Paulus*, non obeant rem ideo minus ad ejus periculum pertinebit, quod in plerisque aliis, ejus industria Societas aucta fuisset, Nec Compendium cum negligentia compensatur. *D. 17. 2. 25. & 26.*

Resp. Quod damnum ex negligentia Socii proveniens, cum Lucro, ex industria ejusdem procedente, non est compensandum. Quia ad industriam adhibendam ex officio, sive Ratione Societatis tenetur, Quod vero per negligentiam, quam eum præcavisse oportebat, amisit, ipsi, non socio, nec Societati est imputandum.

2. *Quod qui incommodum sentit, ad commodum non sit admittendus.*

1. Interdum *inquit Ulpianus*, sine hæreditate Tutela defertur, utpote in eo qui latitavit, cum rogatus esset servum manumittere, Cum Generaliter *Divus Pius Aurelio Basso* rescripsit, Tergiversationem eorum, qui fidei commissariam libertatem subvertere velint, eo modo puniri, Ne jus patroni, id est successiones, acquirant, in eo quem liberum esse noluerunt *D. 26. 4. 1. S. 3.*

Resp. Quod Imperator merito Liberti hæreditate indignum censuit, qui eundem ad Liberti conditionem pervenire noluit, quia quis frustra beneficium expectat, ex eo quod nixus est improbare & tamen eidem Tutela imponitur, Quia ex sua

sua culpa conditionem suam meliorem facere non debet.

2. Si negotia, *inquit Pomponius*, absentis, & ignorantis geras, interdum casum præstare debes, veluti si novum negotium, quod absens facere solitus non sit, tu ejus nomine geras, Nam si quid damnum ex ea re sequutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem. *D. 3. 5. 11.*

Resp. Quod quis ignorantis, & inviti conditionem meliorem facere potest, deteriore non potest, Et præsumitur, quod Absens id quod utiliter gestum est, ratum habiturus sit, id autem ex quo damnum sequitur, ratum habiturus non sit, præsertim cum quis absentis nomine, id agit, quod ipse præsens neutiquam agere solitus erat.

3. Sive locando fundum communem, *inquit Ulpianus*, sive colendo, Socius quid consequutus sit, Communi dividendo judicio tenebitur, & si quidem communi nomine id fecerit, neque lucrum, neque damnum (solum scilicet) sentire debet, si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut ad ipsum solum damnum respiciat. *D. 10. 3. 6. §. 2.*

Resp. Quod quicquid lucri, vel damni ex re communi contingit, pro parte ad socium pertinet, si vero alter id agat, ut solus lucretur, dolo facit, & quod ex dolo suo damnum contingit, solus sustinere debet.

4 Si Societas, *inquit Paulus*, absenti renuntiata sit, quoad is scierit, quod is qui renunciavit acquisivit, in commune redigi debet, Detrimentum vero ejus solius esse, qui renunciavit, sed quod Absens acquisivit ad eum solum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esset debet. *D. 17. 2. 17.*

Resp. Quod Societas quoad absentem durat, donec renunciatio eidem innotuerit, quoad renunciantem, ejus commodum cessat, ab incommodo vero non liberatur,

190 *Questionum Juris Civilis*

Liberatur, quia quod socium tangit, ab ipso approbati debet, unusquisque vero solus potest juri suo renunciare.

5. Si id, *inquit Justinianus*, quod alicui commodatum est domi, peregre secum ferre voluerit, & incurſu hostium, vel prædonum amiserit, dubium non est quin de ea restituenda teneatur, Et tamen si is qui quid experiundum excepit, *inquit, Pomponius*, veluti si jumenta fuerint, eaque locata sint, id ipsum, mercedem scilicet, ei præstabit, qui experiundum dedit. I. 3. 14. S. 2. D. 13. 6. 13. S. 1.

Resp. Quod commodatarius, qui re, prout commodata est utitur, nulli periculo est obnoxius, si vero ut est in priori casu aliter utatur, quia est in culpa, si perierit ad eam præstandam tenetur, si vero ut est in posteriori casu, quis jumenta experiunda accepit, in aliam causam locavit, quod lucratus est ad Dominum pertinet. Quia ut in eadem lege adjicitur, Res antea cuiquam quæstui esse non debet, quam ejus sit periculo.

De Regula ex qua hæc quæstio desumitur Giptiam ita statuit. Quod æquitas naturalis postulat, ut sit quædam lucri, & damni communicatio, ut quis non lucrum & commodum ex re aliqua, sine periculo, & incommodo consequatur, & è contra. Regulæ usum ostendit in Tutela, Usufructu, Dote, Emptione & Venditione, Societate, Hæreditatibus & Legatis, prout in legibus superius allegatis. Eiusdem etiam regulæ duas exceptiones tradit, ex quibus contingit commodum, & incommodum ad eundem non pertinere, quarum. 1. Est cum propter defectum personæ aliter se res habet, ut cum fœminæ, minores, furiosi etsi hæreditatum sunt capaces, tutelis obeundis idonei non habentur. 2. Quando ob culpam alicujus qui incommodum sentit, ad commodum non admittitur.

Vid.

Vid. Glossam, Giphanium, & alios ad l. 10. D. de Reg. Juris. Pechium & alios ad cap. 55. Extr. de Reg. Juris in 6.

QUÆST. V.

An duo eandem rem in solidum possidere possint ?

Quod non,

1. **P**ossessio, inquit Paulus, appellata est, ut Labeo ait, à Sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit, Duo vero eidem rei naturaliter insistere non possunt. D. 41. 2. 1.

2. Ex pluribus causis, inquit idem, eandem rem possidere possumus, è contrario, Plures eandem rem in solidum possidere non possunt, Quia contra naturam est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. D. 4. 2. 3.

3. Si duobus, inquit Ulpianus, vehiculum commodatum, vel locatum sit, Celsus scripsit, quæri posse utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et ait, Duorum quidem in solidum Dominium, vel possessionem esse non posse. D. 13. 5. S. fine.

4. Duo, inquit Julianus, precario in solidum habere non magis possunt, quam duo in solidum vi aut clam possidere. Nam neque justæ, neque injustæ possessiones duæ, concurrere possunt. D. 43. 26. 14.

5. Qui Pignoris causa, inquit Julianus, fundum creditori tradidit, possessor intelligitur, Et

6. Creditor, inquit Macer, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem sibi traditam habeat. D. 41. 2. 36. D. 2. 8. 15. S. 2.

Quod

192 *Quaestionum Juris Civilis*

Quod sit,

1. *Sabinus*, inquit *Paulus* scribit eum qui precario dedit, & ipsum possidere, & eum qui precario accepit, idem *Trebatius* probabat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere. *D. 41. 2. 3. S. 5.*

Resp. Quod prout sequitur, in eadem lege *La-beo Trebatii* sententiam reprehendit, Quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat, Quod est verius, inquit *Paulus*, Quia non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo Ego sedeo tu sedere videaris.

2. De eo, inquit *Pomponius*, quod solo animo possidemus, quaritur, utrumne eousque possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius possessio corporalis, an vero quod magis probatur, usque eo possidemus, donec nos reverte-rentes repellat, aut nos ita animo possidere desinamus, quod suspicemur nos repelli posse ab eo qui possessionem ingressus est, Ex quibus videtur quod alius animo, alius corpore possidere possit. *D. 41. 2. 25. S. 2.*

Resp. Quod is qui domino absente ejus fundum ingressus est, improprie dicitur possidere. Et qui ita occupat possessionem, videtur inquit *Ulpianus*, clam possidere, is vero qui ad nundinas abiit, possessionem retinere *l. 6. S. fine. D. eod.* Clam vero possidere nihil aliud est quam derelinere.

3. Si plures, inquit *Ulpianus*, sint, qui postulant ut damni infecti caveatur, omnes in possessionem mitti solent, & si prius quis in possessionem missus sit, & alius mitti desiderat, non spectabimus ordinem, sed ambo possessionem habebunt. *D. 39. 2. 15. S. 15.*

Resp. Quod plures mitti possunt in possessione.

ex

ex primo decreto, sed Custodiæ causa, non ut possideant, & mittuntur singuli, quasi in totum, sed concursu partes habent, & ex secundo decreto, proliis tantum partibus possidere jubentur, *Cujacius, lib. 9. Observ. 32.*

4. Eum, inquit *Pomponius*, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium, An is quoque possideat qui rogatus est, dubitatum est. Placet autem apud utrumque esse eum hominem, qui precario rogatus est, penes eum qui rogaverat, quia corpore possidet, penes Dominum, quia animo possessione non discessit. *D. 43. 26. 15. S. 4.*

Resp. Quod, prout *Cujacius* animadvertit, *Pomponius* hoc tradit ex *Sabini* sententia, qui duos possessores admittebat, quod conjicere licet, ex inscriptione ad *Sabinum*, sed quod verior sit sententia *Labronis* qui in eo *Sabinum* reprehendit, *l. 3. S. 4. D. de acquir. possess.* *Connanus* vero asserit. Si flammam rei vere inspiciamus, Is qui precario rogavit, non tam possessionem, quam usum rei habet, & quatenus possidet, non possidet ut rem suam, sed ut alienam, sibi tamen & suo, commodo, quæ causa est ut minus proprie possidere dicatur, quæ potius adumbrata, quam vera est possessio, quæ sola apud eum, qui precario rem concessit remanet, cui suffragatur *Nichol. Genoa legum contr. concl. P. 310.*

5. Si duo, inquit *Ulpianus*, possideant in solidum (quo ad interdictum uti possidetis) quid sit dicendum videamus? Quod qualiter procedit tractemus siquis proponeret, possessionem justam, & injustam, Ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam, si à me possides, superior sum interdicto, si vero non à me, neuter vincitur, nam & tu possides, & ego. *D. 43. 13. 7.*

Resp. Quod *Connanus* hanc legem ita explicat, Interdicti verba sunt, uti nec vi, nec clam nec precario aliter ab alio possidet, quo minus ita possidentis

194 *Questionum Juris Civilis*

denis uni fieri vetat. Itaque cum de fundi proprietate lis pendebat, contendebatur, uter interim possessoris commodo fungeretur, utrum is qui vi nactus est, an is qui vi dejectus est, quia quoad hoc Interdictum Is qui vi dejectus est, contra eum qui vi expulit, perinde habetur, atque si possideret, l. 17. *D. de acquir. possess.* quod verum est contra eum qui agentem vi expulit, sed si alius vi expulit, à quo reus vi possessionem eripuit, quoad eum qui prius vi dejectus est, injustus possessor non est, & proinde neuter vincitur, sed pendente lite possessio prout antea remanebit, quia præterquam quoad eum, qui immediate vi dejectus est, adversus alios justa, an injusta sit possessio, nihil refert, l. 1. in fine & l. 2. *D. uti possiderit.* Quibus recte, intellectis ille qui alterum vi dejecit solus vere possidet, Is qui vi dejectus est, favore, & fictione juris tantum possidere intelligitur.

6. Dejicitur, inquit *Ulpianus*, is qui possidet, sive Naturaliter, sive Civiliter possideat. Nam & Naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. *D. 43. 16. l. 5. 4.*

Resp. Quod in hac lege *Ulpianus*, nihil aliud voluit, quam justum, & injustum possessorem, illo Interdicto, de Vi scil. uti posse, Naturaliter enim possidere dicitur, qui mala fide possidet, ut is qui justum possessorem vi ejecit, qui licet violentus sit possessor, si tamen ab alio possessione vi deturbetur, habet etiam interdictum recuperatorium adversus eum qui sibi vim intulit, ita *Comnanus*.

7. Quod vulgo responderetur, inquit *Julianus*, Neminem possessionis causam sibi mutare posse, sic accipiendum est; ut possessio non solum Civilis, sed etiam Naturalis intelligatur, & propterea nec Colonum, nec eum apud quem res deposita est, aut cui Commodata est, lucri faciendi causa, pro hærede uti capere posse, ex quibus apparet quod Colonus, & alii qui

qui sunt in bona fide, Naturales possessores habentur.
D. 41. 5. 2. S. 1.

Resp. Quod *Julianum* intelligi potest, Quod nec Naturalis possessor qui rem sibi detinet, nec Civilis qui animo Domini possidet, nedum Colonus, five Conductor, Depositarius, aut Commodatarius, qui aliis res detinent, (& proinde minus jus habent) causam possessionis sibi mutare possunt. Quod vero hi Naturaliter possideant aliis legibus expresse est contrarium. De Colono *Ulpianus l. 1. S. 9. D. de vi armata.* Uxor, *inquit*, cui Maritus aliquid donavit, si dejecta sit, hoc interdicto uti possit, quia Naturalem possessionem habet, sed non Colonus, & de Depositario *l. 17. S. 1. D. de positi* in qua, Rei Depositæ non solum Proprietatem, sed & Possessionem apud Deponentem manere dicitur, & de Commodatario *l. 8. D. Commodati*, qua traditur, quod Rei Commodatæ proprietatem, & possessionem retinemus, qui omnes conjunguntur in *l. 1. C. de usucapionibus*, ubi dicitur, Quod etsi corporaliter teneant, non sibi, sed Dominis possidere dicuntur.

8. Nemo, *inquit Constantinus Imp.* ambigit Possessionis duplicem esse rationem, aliam ejus quæ jure consistit, aliam ejus quæ corpore, utramque autem ita esse Legitimam, cum omnium Adversariorum silentio, & taciturnitate firmatur.

Resp. Quod duplex est possessionis ratio, id est diversa est consideratio, Quod ea possessio, quæ in jure fundatur, stabilis sit & perpetua, Ea vero quæ Corpore, id est Corporali detentione constat, etsi Legitima habeatur, id est Interdicto unde vi defendi potest, cum à nemine controvertitur, postquam de ea Controversia mota est, cessat ejusdem tanquam possessionis consideratio, Nec potest, *inquit Justinianus*, possessor intelligi, qui licet possessionem corpore teneat, interposita interpellatione super jure possessionis, vacillare necesse habet.

196 *Quæstionum Juris Civilis*

Cujacius, hanc quæstionem à *Sabinianis* & *Proculianis* originem duxisse asserit: Ex quibus *Sabiniani*, duos ejusdem rei possessores in solidum esse posse censuerunt, ut unus qui juste possidet, utpote rei Dominus, alter qui injuste, ut is qui vi aut clam possidet, vel ambo juste, ut qui rem precario concessit; & is qui eandem rem precario accepit, *Proculianorum* sententia erat, Quod duo eandem rem in solidum possidere non possint, quorum sententia generaliter obtinuit, & huic sententiæ *Cujacius* adhæret. *Vultei*us censet, Quod etsi duo eandem rem, eadem possessionis specie in solidum possidere non possint, At quin diversa specie possessionis, nempe ut unus naturaliter, alter civiliter possideat nihil impedire. *Connanus* idem cum *Cujacio*, & aliis censet qui statuit quod possessio, sit detentio rei corporalis, cum animo Domini, & proinde cum quis animo possessionem retinet, alius ejusdem rei possessionem acquirere non possit, Cum vero quis alium vi expulit, unde animum possidendi habere definere intelligitur, Is naturalem possessionem habere dicitur, & tam animo, quam corpore videtur solus possidere, Civiliter & jure non possidet, quia jus ejusmodi possessionem non probat. Qui vero cum sit rei Dominus ejus corporalem detentionem habet, is naturaliter & juste, id est, Civiliter possidet, quia jus civile ejusmodi possessionem tuetur, Cum vero alius detentionem habet, Dominus qui animo possessionem retinet, Civiliter possidet, quia possessionis recuperandæ jus habet, naturaliter etiam & juste, sed abusive possidere dicuntur, qui pro aliis possident, sive rei detentionem habent, ut Colonus, depositarius, &c. Quando vero naturalis possessio civili opponitur, vel injustam possessionem, vel abusive dictam significat, injustam ut in *l. 1. §. 9. D. de vi & vi armata*, Abusive dictam in *l. 2. §. 1. D. pro hærede* unde concluditur, Quod civilis possessio, à naturali, non substantia, sed qualitate tantum

1. I
celoc
unt,
D. 4
2.
rerum
domin
3. I
donavi
paucos
ginta,
fundi
fecta?
perfect
obligati
4. Q

tum differat, Cum illa iusta, & proprie, hæc iniusta, aut improprie, possessio habeatur.

Vit. Cujacium, Observ. l. 9. c. 32. Connanum, Comment. l. 3. cap. 10. Donellum, Comment. l. 5. cap. 7. Bronchurst. cent. 3. assert. 82. pro sententia negativa. Vulteiū, de juris prud. lib. 1. cap. 47. Hunnium, Disput. Institut. 2. Thess. 25. Langium, Decad. 10. Theor. 2. pro sententia affirmativa.

Q U Æ S T. VI.

An dominium sine possessione acquiri possit?

Quod non,

1. **D**ominium, inquit Paulus, ex naturali possessione capisse, Nerva ait, Ejusque vestigia manere in his quæ terra, mari, cæloque capiuntur, Nam hæc protenus eorum fiunt, qui primo possessionem eorum apprehenderunt. *D. 41. 2. 1.*

2. Placet, inquit Ulpianus, per liberam personam rerum omnium possessionem quæri posse, & per hanc dominium. *D. 41. 1. 20. in fine.*

3. Lucius Titius, inquit Sævola, fundum Mevio donavit, & ante traditionem, eundem fundum, post paucos dies, Seio pignori obligavit, & intra dies triginta, Mevium in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit, quæsitum est. An donatio sit perfecta? Responsum secundum eam quæ proponeretur, perfectam esse verum, Creditorem firmum pignoris obligationem habere. *D. 3. 95. 35. S. 1.*

4. Qui fundum dari stipulatur, inquit Pomponius,

198 *Questionum Juris Civilis*

nim, vacuum quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur. *D. 19. 1. 3. S. 1.*

5. *Quoties inquit Dioclet. & Maxim.* duobus in solidum prædium distrahitur, manifesti juris est eum, cui prius traditum est, in detinendo Dominio, esse potiorum. *C. 3. 32. 15.*

6. *Idem Imperatores Eusebio rescripserunt.* Si Pater suus portionem suam venundedit nec Emptorem in vacuum prædii possessionem induxit, eum jus omne penes se retinere, certum est. *C. 4. 49. 8.*

7. *Idem Impp. Chronice rescripserunt,* Cum res non instrumentis gerantur, sed in his rei gestæ testimonium conferatur, Emptionem factam, & Patrem suum in vacuum possessionem inductum, probare debet. *C. 4. 19. 12.*

8. *Qui prædium obligatum, inquit idem Impp.* A Creditore comparavit, si in vacuum possessionem inductus non sit, nullam in rem actionem habet. *C. 8. 28. 13.*

Quod sic,

1. *Fieri potest, inquit Ulpianus,* ut alter possessor sit, Dominus non sit, alter quidem Dominus sit, possessor non sit. *D. 43. 17. 1. S. 2.*

Resp. Quod hoc verum est in Dominio acquisito, non in dominio acquirendo. Quia qui rei Dominium habet, potest vi possessionem amittere, Dominium tamen animo retinere, & interdicto unde vi, possessionem recuperare.

2. *Severus & Antoninus Impp.* Emptionum mancipiorum instrumentis traditis, *inquit,* ipsorum mancipiorum traditionem factam intelligis, & ideo potes adversus venditorem actionem exercere. *D. 8. 54. 1.*

Resp. Quod usu receptum est, in quorundam imaginaria traditione, res ipsas tradi intelligi, ut instrumentorum, & clavium traditione, res quæ in

iis continentur, & in vini venditione, degustatio pro vini traditione habetur, l. 1. & 4. D. de Periculo & commodo rei venditæ.

3. *Valerius & Galienus Impp. Gamice.* Si doceas inquirunt, Nepti tuæ ea lege esse donatum, ut certa alimenta tibi præberet, eo quod illa legi obtemperare noluerit, in hoc casu vindicationem utilem impetrare potes, id est, Actionem qua Dominium pristinum tibi restituatur. C. 8. § 5. 1.

Resp. Cum res ab initio ea lege, & conditione esset tradita, ut conditione commissa, statim ad Dominum rediret, non novum Dominium acquiritur, sed vetus, quod antea Dominus habuit, retineri fingitur.

4. *Hæres, inquit Calistratus,* de eo quod hereditati obvenit recte ager (rei vindicatione scil.) etsi possessionem ejus nondum habuerit. D. 6. 1. 50.

Legatum, inquit Papinianus, rei legatæ Dominium, ita Legatarii facit, ut Hæreditas res singulas hæredis, quod eo pertinet, ut si res pure relicta sit, & Legatarius defuncti voluntatem non repudiavit, Dominium quod Hæreditatis fuit, recta via ad Legatarium transeat, nunquam factæ Hæredis. Et Ea quæ Legatarii sunt, *Neratius,* ab eo qui Legavit, ad eum cui Legata sunt, recta via transeunt. D. 33. 1. 80. D. 47. 2. 64.

Resp. Quod Lege 12 tabularum, uti quisque rei sue Legasset, ita jus esto, aut saltem ex ejus ratione, ut Extrema defunctorum judicia citius ad exitum perducantur, specialiter introductum fuit ut rerum hæreditariarum, & Legatorum Dominia, à Testatore ad hæredem, & Legatarios directo transeant, quamvis possessio quæ fuit defuncti sine Corporali apprehensione ad eos non transeat.

5. *Facta in fidei commissarium restitutione, inquit Gaius,* omnes res in ejus bonis statim sunt, cui restituta est hereditas, etsi nondum eorum possessionem nactus fuerit. D. 16. 1. 5.

36. 1. 60 R4.

Resp.

200 *Quaestionum Juris Civilis*

Resp. Quod antiquo jure 12 tabularum in hæreditatibus, & Legatis introductum fuit, id postea juris prudentiæ *Mediæ* authores, ad fidei commissarias restitutiones produxerunt, ut in iis etiam casibus, extremæ defunctorum dispositiones citius ad exitum perducerentur.

6. Simulier, *inquit Tryphoninus*, fundum (quem *Tniius* bonâ fide possidebat, & longi temporis possessione poterat sibi acquirere) ut suum, marito in dotem dedit, eumque vir petere neglexerit, cum id facere posset, rem sui periculi fecit. Unde arguitur, Quod maritus hunc fundum, sibi ab uxore in dotem datum, etiamsi alius eundem possideret, ut suum jure dominii vindicare potuit. *D. 23. §. 16.*

Respondet Hotomannus, Quod *Tribonianus* pro eo quod scriptum erat *doti dixit*, id est destinavit, ex *Justinianici* juris ratione in dotem dedit, reposuit, cum jure antiquo nulla res in dotem data, nisi per traditionem, intelligeretur, cum quo alii censent, Quod fundi dominium non erat ad maritum translatum, sed mulier actionem sibi pro fundo competentem in maritum transtulit, quod ordinarium esset, mulierem actionem cedere, cum rem dotalem dare, aut tradere non posset, quam actionem cum maritus non prosequeretur, id suo periculo, fecit.

7. *Dioclet. & Maxim.* Quisquis, *inquiunt*, rem aliquam donando, vel in dotem dando, vel vendendo usufructum ejus retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradidisse creditur, nec quid amplius requiritur, quo magis traditio facta videatur, sed idem sit in his causis usufructum retinere, quod tradere. *C. 8. §. 4. 28.*

Resp. Quod antiqua lege *Cincia*, de donationibus cautum fuit, ut tum demum res donatæ intelligerentur, cum traditæ essent, postea vero constitutum fuit, ut qui rei donatæ, vel in dotem datæ usufructum retinueret, vi ipsa proprietatem tradidisse videretur, quia qui usufructuarius est, dominus esse non

non potest, ubi *Hotomannus* etiam *Tribonianum* accusat, quod verbis in donando, vel in dotem dando, verba vel vendendo, adjecerit, contra omnem veteris juris rationem, ut quod jus singulare fuit in duobus tantum casibus, in pluribus obtinere videretur.

Hotomannus ex *Accursio* tradit quod *Johannes*, verus glossator, primus disputavit dominium sine possessione acquiri posse, quem alii complures secuti sunt, Ipse vero contrarium asserit, & ad dominium acquirendum possessionem necessariam conrendit, in eoque transferendo traditionem, vel veram, vel fictam requirit. Traditio vera est vel rei mobilis ex qua, ut, *Theophilus* ait, ex manu tradentis, in manum accipientis, transfertur, vel rei immobilis, ut fundi, cum quis in ejus possessionem vacuum inducitur, vacuum autem intelligit quæ à nullo alio occupatur, Traditio ficta est, quæ vel Cogitatione, vel nota, sive simbolo repræsentatur. Cogitatione cum jam antea, ob aliam causam facta, ad instans negotium accommodatur, veluti si cui rem commodatam, locatam aut depositam, Dominus eidem donet, aut vendat, l. 9. S. interdum D. de acquir. rerum dominio. Nota vel simbolo traditio repræsentatur veluti cum claves horrei, vel cellæ tradantur, per quas res inclusæ traditæ intelliguntur, *Donellus* vero, quamvis ad transferendum rerum dominium possessionis traditionem necessariam agnoscat, sine vacua possessione dominium transferri posse asserit, & argumentis pro contraria sententia respondet, & ad l. 8. C. de actionibus empti, qua traditur quod venditor qui emptorem in vacuum possessionem non induxit jus omne penes se retinet. Possessionem vacuum dupliciter dici affirmat, primo de vera & proprie vacua possessione quæ habetur, cum non existit, qui etiam animo possessionem retinent, secundo improprie & abusive cum

non existit alius detentor, qui apprehensionem ejus rei impediatur, & venditori sufficere si Emptorem posteriori sensu, in possessionem inducat, cum non ad rei venditæ Dominium, sed ad Evictionem præstandam teneatur *l. 11. S. 2. D. de Actionibus Empti*, in qua tamen lege non dicitur si alius Dominus sit, Emptorem Dominum fieri, sed Venditorem si rem tradidit, pretio accepto, ad Evictionem teneri. Cum *Hotomanno* consentit *Contius* qui ait Cum Civiliter transfertur Dominium, id est, ab alio in alium transit, hoc fit aut ipso jure, aut facto hominis, Ipso jure, vel sine ullo temporis adminiculo, ut Legibus 12 tabularum Res hæreditariæ, & Legata, vel cum adminiculo temporis, ut quæ usucapione, & longi temporis præscriptione acquiruntur, Facto hominis cum à Domino vacuæ possessionis traditione res in alium transferuntur. Deinde vacuum possessionem intelligendam ait quæ sit justa, Nam si occupatam jam, & alii competentem possessionem quis tradat, non potest possessionem efficere, quin alium possessione spoliaret, cujusmodi possessio injusta erat, & improba, ex qua Dominium acquiri non potest, *l. 24. D. de acquir. possess.* Ita ut vacua possessio ea sola intelligenda sit, quæ à Domino traditur, qui & animo & corpore possidet.

Vid. Bartol. ad l. 20. C. de Pactis. Hotoman. quæst. illust. 11. & 12. Contium Disputat. cap. 8. Donellum Com. l. 4. cap. 10. Hunnium. l. 2. fr. 1. q. 39. Branch. Cent. 3. Assert. 81. Langium Decad. 3. Thear. 9.

QUÆST.

QUEST. VII.

An que sunt fera nature, in alieno fundo
capta, fiant occupantis?

Quod sic,

1. **F**eræ bestię, inquit Justinianus, & volucres
& pisces, & omnia animalia, quæ Cælo, ter-
ra, & mari nascuntur, simulatque ab ali-
quo capta sunt, jure gentium, statim illius esse incipi-
unt, Nec interest feras bestias, & volucres in suo fun-
do quis capiat an in alieno. l. 1. in fine D. de acquir.
dom. similiter. I. 2. I. S. 12.

2. Labeo ait, inquit Venulcius, qui per fundum
alienum iter duntaxat fecit, aut avem egerit, aut vena-
tus fuit, hoc interdicto (scil. Quod vi aut clam) non
tenetur. D. 43. 24. 22. S. 3. X

3. Pisces, inquit Paulus, quæ in stagnis sunt, & fe-
ræ quæ in sylvis non circumseptis vagantur, à nobis
non possidentur, quoniam relictæ sunt in Libertate na-
turali. D. 41. 2. 3. S. 14.

4. Sæpissimè rescriptum est, inquit Ulpianus, non
posse quem piscari prohibere nec aucupari, nisi quod
quis ingredi alienum fundum prohiberi potest. D. 47.
10. 13. S. 7.

Quod non,

1. Dioclet. & Maxim. Per agrum alienum inquit
um, qui servitutem non debet, ire, agere vicino mini-
mè licet. C. 3. 34. 11.

2. Plane qui per fundum alienum ingreditur in-
quit Gaius, venandi, aut aucupandi gratia potest à
Domino, si is præviderit jure prohiberi ne ingreditur.
D. 41. 1. 1.

Resp. Quod per agrum alienum frequenter ires
agere, id est, iter aut Actum Usurpare, nisi Ager
tam

eam servitutem debeat, non licet, sed venandi causa, quandoque ingredi, nisi Dominus prohibeat, licet, & quamvis ingredi à Domino quis prohibitus sit, licitum est ei jurè gentium quod nullius est ibi occupare.

3. Divus Pius, *inquit Callistratus*, Aucupibus ita rescripsit, non est consentaneum, ut per aliena prædia, invitis Dominis aucupia faciat. D. 8. 3. 16.

Resp. Quod Imperator qui rescripsit non esse consentaneum in alienis prædiis invitis Dominis aucupari, nihil decrevit, de iis quæ hujusmodi aucupio capta sunt, aucupanti auferendis.

4. *Theodosius & Valent. Impp.* Si quid, *inquit*, subsequutum fuerit, ex eo quod lege interdicente factum est, illud cassum, atque inutile esse præcipitur. C. 1. 14. 5.

Resp. Quod hoc intelligendum, quando Lex aliquid fieri interdicit, non quando permittat homini prohibere, sed nulla lege Civili prohibitum est ea quæ nullius sunt, ubivis occupare, & quod ait Imperator Non esse consentaneum per aliena prædia aucupari magis Consilii videtur, quam præcepti hoc non facere.

5. Cum quæsitum esset, *inquit Paulus*, de Apro qui in laqueum alicujus incidisset, & postea ab alio exemptus, & ablatus est. Responsum est videntum. An intersit Laqueus in publico, an in privato positus sit, & si in privato, utrum in proprio, an in alieno, & si in alieno, utrum permissu ejus cujus fundus esset, an non permissu ejus positus sit. Ex quibus colligi potest, quod non sit idem venatione in alieno occupare, quod in suo, nec in alieno sine permissu, ac cum permissu capere æque licitum esse.

D. 1. 1. 55.

Resp. Quod *Proculus* quædam proposuit consideranda, an interessent, id est ad casum pertinerent sed in responsione, eorundem nullam rationem habet, ad id quod quæsitum fuit concludit tantum. Si Aper in

in ejus potestatem pervenisset qui laqueum posuit, ejus factum esse, quo responso, dicit *Accursius*, superiores definitiones reprobatae sunt.

5. Aucupiorum, *inquit Ulpianus*, & venationum redditum, *Cassius ait*, ad fructuarium pertinere, & Fundo Legato, ut optimus maximus est, *inquit Paulus*, Retia apraria, & caetera venationum instrumenta continebuntur, si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistit, & proinde sine injuria Domini, vel ejus cui concessit hujusmodi fructus, vel quaestus ab alio percipi non possunt. D. 7. 1. S. 95. D. 33. 7. 22.

Resp. Quod *Julianus D. de usuris & fructibus*, l. 36. venationem fructum fundi esse negat, nisi fructus fundi ex venatione consistit, quod contingere potest in vivariis, & sylvis circumseptis in quibus feræ bestiae includuntur, quæ libertatem naturalem non habent, Et quaestus fundi aliquis in venationibus consistere potest, ubi Domini industria machinae, & retia figuntur, quibus volucres & feræ bestiae intercipi possunt, & hos fructus, & hunc quaestum invertere non licet. In aliis vero locis, ubi voluptatis potius quam lucri causa venationes exercentur, ex iis à Domino fundi nihil auferri intelligitur.

6. In lacu, *inquit Ulpianus*, qui est mei Domini, utique piscari aliquem prohibere possum, Et si maris jus proprium, *inquit Paulus*, ad aliquem pertineant, uti possidetis interdictum ei competit, si jus suum exercere prohibeatur. D. 47. 10, 13, & 14.

Resp. Quod in lacu qui est privati domini si quis prohibitus piscetur actione injuriarum tenetur, & si Maris parte, vel diverticulo, quod ad aliquem pertinet, jus suum Interdicto uti possidetis tueri potest, Si quis tamen in iis locis, piscatione, quid ceperit, potest suum facere, nec necesse habet, restituere.

206 *Questionum Juris Civilis*

7. Pro argumento esse potest, & pro responso, quod habetur. in l. 13. D. Communia prædiorum. argum. 4. l. 3. Quod Jus Naturale non sit immutabile.

Accursius in glossa ad S. 12. Instit. de rerum Divisione, negat eum qui Domino prohibente fundum ingreditur, si feram capiat, ejus dominium acquirere, argumento à lege. 17. C. de rei vindicat. De quo argumento notandum. Quod in additione ad eandem glossam, traditur, secundum Angelum, hoc verum esse, non aliter quam si fructus fundi in venatione consistit, Cuiacius etiam asserit Eum qui in alieno fundo sine permissu Domini aliquid caput, ejus Dominum non fieri, autoritate legis ss. D. de acquirend. rerum Dominio. Ubi Proculus quærit, An quis in fundo privato, cum permissu Domini an sine permissu ejus capiat, sed ad eandem legem Accursius eam distinctionem, in conclusione legis. reprobata affirmat. Hotomannus censet, Quod ferarum & volucrum etiam in fundo alieno libera sit cuius per occupationem acquisitio, Piscium autem non ita, quia de illis à Justiniano in S. 12. nulla fit mentio ubi ait nihil interest feras bestias, & volucres (non pisces) quis in suo fundo capiat, an in alieno. De quibus tamen nihil singulare aut speciale dicitur, quod non de feris, dici possit, Donellus sine exceptione defendit, Quod quæ sunt feræ naturæ in privato, & alieno loco capta sunt Occupantium, Quia non minus quid nullius est, quod in certo loco consistit, & quamvis contra jus facit, qui in alienum fundum invito Domino, ingreditur, facitque in ea re domino injuriam, In eo, contra jus non facit, quod id capiat, quod antea, nec ei jus Domini, nec cuiusquam alterius fuit.

Vid. Accursii glossam ad S. 72. Instit. de rerum Divisione & ad l. 56. D. de acquir. rerum dominio
Cuiacium

2.
I. C.
natur
2.
rum
usus
contra
causa
Domi
S. 5.
3.
alique
hunc
nullius
4.
tua na
lana f
Corpu
5.
Specie
orum

Cuiacium *Observ.* l. 14. cap. 2. Hotoman-
num *ad d. S.* 12. Donellum *Comment. lib.*
cap. 8. Hunnium *lib.* 2. tra^{ct.} 1. *quest.* 12. 13.
Langium *Decad.* 3. *Theor.* 7.

Q U Æ S T. VIII.

*An speciei, siue res ex aliena materia fa-
cta, cedat in dominium facientis.*

Quod sic,

1. **G**ENERA Possessionis, *inquit Paulus*, tot sunt
quot sunt causæ acquirendi, ejus quod no-
strum non sit, veluti quod ipsi, ut in rerum
natura esset, effecimus. *D.* 41. 2, 3. *S.* 21.

2. Res abesse videntur, *inquit Ulpianus*, qua-
rum Corpus manet, forma mutata est, & Massæ
usus fructus, *inquit Idem*, si ex ea vasa sunt, vel
contra, *ut Casius scribit*, interit, Ergo potior est
causa ejus qui est Author formæ quam ejus qui erat
Dominus materiæ. 50. 16. 10. *S.* 5. *D.* 7. 4, 10.
S. 5.

3. Cum quis, *inquit Gaius*, ex alia materia speciem
aliquem, suo nomine fecit, *Nerva*, & *Proculus* putant
hunc Dominum esse, quia quod factum est, antea
nullius fuit. *D.* 41. 1, 7. *S.* 7.

4. Si ex meis tabulis, *inquit Paulus*, navem fecisti
tua navis est, quia Cupressus non manet, sicut nec
lana facto vestimento, sed Cupresseum, aut laneum
Corpus fit. *D.* 41. 1, 26.

5. Cum ex aliena materia, *inquit Justinianus*,
Species aliqua, ab aliquo facta, est Quæritur, quis
eorum Naturali jure, ejus Dominus fiat? Et post
multam

208 *Questionum Juris Civilis*

multam Sabinianorum, & Proculianorum ambiguitatem, Placuit Media sententia, Existimantium, si ea materia ad priorem, & rudem materiam reduci possit, eum videri Dominum esse, qui materiae Dominus fuerit, si non possit reduci, eum potius intelligi Dominum qui fecerit, &c. *I. 2. 1. S. 25.*

Quod sit,

1. Id quod nostrum est, *inquit Pomponius*, sine facto nostro ad alium transferri non potest, & Jure Naturæ æquum est, *inquit idem*, Neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem, quod contingeret, si qui ex aliena materia speciem fecerit, ejus Dominus fieret. *D. 50. 17, 11. D. 50. 17, 206.*

Resp. Quod id quod nostrum est, sine facto nostro, potest cessare nostrum esse, & quid quod in ejus locum succedit potest alterius fieri, ut cum quis bona fide ex aliena materia novam speciem facit, & ne is qui fecit, cum alieno damno locupletetur, materiae Domino consulitur, Actione in factum, ad recuperandum materiae valorem, *l. 23. S. 5. D. de rei vindicatione.*

2. Sabinus, & Cassius, *inquit Gaius*, Naturalem rationem magis efficere putant, ut qui Materiae Dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, Dominus esset, Quia sine materia nulla species effici potest, veluti si ex auro, vel argento vas aliquod factum sit. *D. 41. 1, 7. S. 7.*

Resp. Quod *Gaius* postquam in eadem lege *Nervæ & Proculi*, qui diverſum sentiunt Opinionem exposuisset, hanc *Sabini*, & *Cassii* sententiam refert Quorum ratio quod sine materiae species effici non potest infirma est, quia nec sine forma species potest effici, & in re composita potius Formæ quam Materiae ratio habenda, *l. 13. D. de verb. signif.*

3. In omnibus, *inquit Paulus*, quæ ad eandem speciem reverti possunt, dicendum est si Materia maneat, species duntaxat mutata sit, veluti si ex meo ære statuam, aut ex argento scyphum fecisset, me eorum esse Dominum. *D. 41. 1, 24.*

Resp. Quod *Paulus* hoc refert secundum mediam inter Sabinianos & Proculianos sententiam, quia in his Casibus Statuæ scil. ex ære, & Scyphi ex argento facti, Species non videtur, ita novam formam suscipere, quin facile ad pristinam, & rudem materiam reduci possit.

4. Si quis, *inquit Paulus*, ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, (quæ ad pristinam naturam reduci non possunt) cum sciret hæc aliena esse, utriusque nomine, Actione ad Exhibendum tenetur, Quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est. *D. 10. 4, 12. S. 3.*

Resp. Quod cum quis sciens ex aliena materia qualicunque speciem facit, est in mala fide, quæ ipsi prodesse aut alteri obesse non debet, & proinde materiæ Domini causâ potior est habenda, quamvis Actio ad Exhibendum, Dominium non arguit, sed datur ut quis consulere possit vindicare velit necne.

5. Meum est, *inquit Celsus*, quod ex mea re superest, cujus vindicandi jus habeo. *D. 6. 1, 49.*

Resp. Quod hoc verum est, nisi id quod superest mutatum sit, & ad pristinam causam reverti non possit, tunc enim prior res extincta est, unde quamvis ad ejus æstimationem agi possit, res ipsa vindicari non potest.

6. Id, *inquit Paulus*, quod in mea charta scribitur, aut in mea tabula pingitur, statim meum fit, licet de Pictura quidam contra senserint, propter picturæ pretium, sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. *D. 6. 1, 23. S. 3.*

Resp. Quod ita *Paulo* visum est Naturali ratione inspecta, fatetur tamen, quod de Pictura quidam

dam

dam contra senserint, ex quorum opinione, non est necesse, ei res cedi, quod sine illa esse non potest & quod tabula Picturæ cedere debeat tradit Gaius in l. 9. S. 2. D. de acquir. rerum dominio & confirmat Justinianus, *Institut. De rerum Divisione*, S. 34. Et quod pro Jure Civili Romano, id obtinuerit, & ita communi Doctorum calculo receptum sit ait ibidem *Mynsingerus*.

7. Frumentum, inquit Gaius, Spicis excussum, ejus est, cujus Spicæ fuerunt, *Justinianus Instit.* S. 32. ait, quod frumentum ad Spicas reverti non potest. D. 41. 1, 7. S. 7.

Resp. Quod Gaius, ejus quod tradit rationem reddit, Quia grana quæ Spicis continentur, speciem suam perfectam habent, & is qui excussit Spicas, novam speciem non facit, sed priorem detexit, Id vero quod *Justinianus* in dicti, S. 32. prima parte tradit, ex S. 7. *Gaii* desumitur, cui quod postea in consulto additur conformari debet.

8. Minutius, inquit *Julianus*, interrogatus, Siquis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus ejusdem navis maneret, Respondit manere, sed si in ea ædificanda idem fecisset non posse, *Julianus* notat, id est animadvertit. Nam proprietatem, inquit, navis, Carinæ causam sequitur, contra id quod tradit Paulus, in l. 26. D. de acquir. dom. Ubi ex alienis tabulis navem factam, dicit ejus esse qui fecit. D. 6. 1, 1.

Resp. Quod carina non materiam, aut tabulas navis, aut intimæ ejus partis, sed speciem, & formam navis significat, quæ à carina desumitur, & proinde contra *Minutium Julianus* statuit, totam navem ædificatam, ejus esse qui ædificavit, id est, speciem & formam dedit, quo casu *Juliani*, cum *Pauli* sententia congruit, ita *Commanus*.

Franciscus Commanus de materia hujus quæstionis tractans, mediam, & communem jurisconsultorum opinionem, non probat, Quia nulla alia ratio

ratio est, cur Jure naturali Dominia Accessione
querantur, quam quod Res ea quæ minor est, ma-
jori vicem Accessionis gerat. Ex quo dicendum ar-
bitratur, Materiæ Dominum totius speciei domi-
nium habere, nisi cum plus est in Operis pretio,
quam in materia, quo casu Materia cedere debeat ar-
tificio, idque non minus in iis quæ ad Pristinam
naturam redire non possunt, quam in iis quæ re-
dire possunt, verum censet, Qua ratione tradit vi-
num, & oleum ex alienis uvis, & oleis expressum,
ejus esse cujus oleæ aut uvæ fuerunt quia ista pa-
rum habent artis, vestimentum vero ex alterius Lana
contextu, illius qui texit, non Lanæ Domini erit,
quam sententiam confirmat ex l. 13. D. de verb.
signif. Ubi: *Ulpianus* ait, Res transfiguratas videri
abesse, quia plerumque plus est in manus pretio,
quam in re, unde etiam infert, cum non plus est in
Arte quam in Materia, rem non putari abesse, ideo-
que à Domino Materiæ vindicari posse. *Grotius*
vero à *Connano* dissentit, & ait, Si Naturalem veri-
tatem respiciamus, sicut placuit Jurisconsultis Roma-
nis, Materiis confusis Communionem induci, pro
rata portione ejus quod quisque habuit, Quia ea res
Naturaliter aliter exitum habere non potuit, Ita cum
res consistit Materia & forma tanquam suis partibus,
si alterius sit Materia ab alio forma, sequitur natura-
liter rem communem fieri, pro rata ejus, quanti
unumquodque est, species enim, seu forma pars est
substantiæ, non substantia tota, Quod *Ulpianus* vi-
dit, cum dixit mutata forma, propè (non penitus)
interemptam esse rei substantiam, D. ad exhiben-
dum, l. 9. S. 3. Ut vero Rei majori minor acquira-
tur, quo fundamento *Connanus* nititur, Natura-
le est facti, non juris atque ideo qui fundi pro vi-
cessima parte est Dominus, tam manet Dominus,
quam qui novemdecim partes habet, Quare quod
de Accessione ob Prævalentiam Lex Romana, aut
in certis Casibus constituit, aut aliis constitui po-
test,

212 *Questionum Juris Civilis*

test, id Naturale non est, sed Civile, ad negotia commodius transigenda, Natura tamen non repugnante. Quia lex dandi Dominii jus habet. *Donellus* qui Mediae Jurisconsultorum sententiæ adhaeret. Quinque tamen requirit, ut qui ex aliena materia speciem facit, ejus Dominus habeatur. 1. Ut novam speciem faciat à priore diversam, non quoad externam figuram tantum mutatam, ut cum quis lanam alienam novo colore tingit, *l. 26. S. ult. D. de acquir. dom. 2.* ut quis novam speciem ex aliena materia bona fide, id est, suam esse existimans, faciat, *l. 12. S. 3. D. ad Exhibend.* 3. Ut quis novam speciem faciat suo nomine, *l. 7. D. de acquir. Domin.* 4. Ut species quæ facta est ad pristinam materiam reverti non possit, *Instit. de Rerum. Divis S. 25.* 5. Ut species facta per se subsistat, aut si solo cohæreat, cohæreat ejus solo qui fecit. Nam si solo alieno cohæreat, solo cedit, *l. 7. S. 12. D. de acquir. Dom.*

Vid. D. D. & Gotofred. in *Annotat. ad l. 24. D. de acquir. Dominio.* Connanum, *Comment. l. 3. cap. 6.* Grotium *de Jure belli lib. 2. cap. 8. S. 19, &c.* Donellum *Comment. lib. 4. cap. 12.* Pacium *Cent. 6. quæst. 89.* Bröncurst. *Cent. 3. Affri. 29.* Nic. Genoaam *Concil. at. legum 1 ag. 277.*

QUEST.

Q U Æ S T. IX.

An bonæ fidei possessor percipiendo fructus suos faciat?

Quod sic,

1. **B**ona fides, *inquit Paulus*, tantum præstat possidenti quantum veritas, quoties Lex impedimento non est. *D. 50, 17, 136.*

2. Siquis, *inquit Justinianus*, à non Domino quem Dominum esse credebat, bona fide fundum emerit, vel ex Donatione, vel ex qualibet ulla justa causa, æquè bona fide acceperit, Naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura, & cura. *I. 2. 1. S. 35.*

3. Bonæ fidei emptor, *inquit Paulus*, non dubiè percipiendo fructus, etiam ex re aliena, interim suos facit, non tantum eos qui diligentia & opera ejus proveniunt, sed omnes, Quia quod ad fructus attinet, loco Domini pene est. *D. 41. 1, 48.*

4. Bonæ fidei possessor, *inquit Julianus*, in percipiendis fructibus, id juris habet, quod Domino prædiorum tributum est, Præterea cum ad fructuarium fructus, à quolibet sati pertineant quanto magis hoc in bonæ fidei possessoribus, recipiendum est, qui plus juris in fructibus percipiendis habent, cum fructuarii quidem non sunt, antequam percipiantur, id est, asportentur, ad bonæ fidei autem possessorem, pertinent, quoquo modo à solo separati fuerint. *D. 22. 1, 25. S. 35.*

5. Bonæ fidei Emptor, *inquit idem*, sevit, & antequam fructus perciperet cognovit fundum alienum esse. Quæritur. An perceptione fructus suos faciat? Responsum. Bonæ fidei Emptor quoad

214 *Quæstionum Juris Civilis*

quoad percipiendos fructus intelligi debet quoad fundus evictus non fuerit. *D. 22. 1, 25. in fine.*

6. In pecudum fructu, *inquit Gaius*, etiam foetus est, sicut lac, & pilus, & lana. Itaque Agni, hædi & vituli, statim pleno jure bonæ fidei possessoris, & fructuarii sunt. *D. 22. 1, 28.*

7. Lana, *inquit Paulus*, ovium furtivarum, siquidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonæ fidei tonsorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet sed statim Emptoris fit. *D. 1. 1, 3, 4. S. 19.*

Quod sc,

1. Quod non acquirit fructus naturales.

1. Placuit, *inquit Justinianus*, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura, & cura. Ergo ejus non sunt, qui sine cultura, & cura proveniunt. *I. 2. 1. S. 35.*

Resp. Quod præcipua Acquisitionis causa, est Bona fides, quæ non minus circa Naturales, quam Industriales fructus versatur, & sicut fructus industriales pro Cultura, ita Naturales pro Cura ad ejusmodi possessorem pertinere debent, cum qui maxime Naturales fructus habentur, non sine Cura proveniunt.

2. Uxor, vel vir, *inquit Pomponius*, ex re sibi donata fructus suos facit, illos tamen quos suis operis adquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylva exciderit, non fit, sicut nec cujuslibet Bonæ fidei possessoris, Quia non ex facto ejus, is fructus nascitur. *D. 22. 1, 45.*

Resp. Quod Donationes inter virum, & uxorem de jure sunt prohibitæ quæ ratio esse potest, cur perceptiones fructuum, ex ejusmodi Donationibus magis restringantur. Alia vero est Causa bonæ fidei possessorum, quibus jus favet. Et ex eo quod additur sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris, inferri non

non potest, Quod nullus bonæ fidei possessor, sed quod aliquis ejusmodi, fructus suos non facit, *Amo-
nius Faber* vero censet, sensum esse corruptum, & legendum sublata illa negativa *Nec*, sicuti cujusslibet bonæ fidei possessoris, Quoniam *Pomponius* in illa lege loquitur de re donata inter Virum & Uxorem quod omnino erat lege prohibitum, *Nec* erat cur *Pomponius* in hanc rem, bonæ fidei possessoris exemplum adduceret, sed recte contrarium in bonæ fidei possessore statuere potuit, quam interpretationem *Nicolaus Genoa* postquam, plurium responsiones expendit maxime, probat, *Conciliat. legum contrar. pag. 198.*

2. Quod fructus extantes sunt restituendi.

1. Bonæ fidei possessor, inquit *Paulus*, ex aliena re percipiendo fructus, interim suos facit, id est, donec à Domino fundi vindicentur. *D. 41. l. 48.*

Resp. Quod interim facit fructus suos, id est, quosve Dominus rem, vel fundum evicerit bonæ fidei possessor, percipere potest, *l. 25. S. ult. D. usuri*: ideoque fructus ante Evictionem perceptos, qui perceptione ejus fiunt, retinere potest.

2. Certum, est inquit *Dioclet. & Maxim. Imp.* Malæ fidei possessorem, cum re ipsa omnes fructus solere præstare, bonæ fidei vero possessorem, extantes, post Litis autem contestationem universos. *C. 3. 32, 2.*

Resp. Quod fructus extantes, intelligendi sunt adhuc pendentes, nec à solo separati, utpote qui nondum bonæ fidei possessoris fiunt, quia non percipiuntur, Ita enim *Ulpianus*, *l. 27. D. de usufructu*, de hoc genere fructuum loquens. Si pendentes, inquit, fructus jam maturos testator reliquerit, fructuarius eos feret, Nam extantes fructus, ad usufructuarium pertinent ubi Extantes vocat, quos prius pendentes dixerat.

3. Si Dominus, inquit *Justinianus*, postea superve-

216 *Questionum Juris Civilis*

pervenerit, de fructibus à bonæ fidei possessore consumptis, agere non potest, Ergo de iis qui consumpti non sunt potest agere, &c. *I. 2. 1. S. 35.*

Ante iudicium, *inquit Paulus*, fructus percepti, in hoc iudicium (finium scil. regund.) non veniunt, Nam si quis eos bona fide percepit, lucrari eum oportet, si consumpsit. *D. 10. 1. 4. S. 2.*

Resp. Quod hæ Leges intelligendæ sunt de fructibus Naturalibus, tantum, qui non plene, percipiendo, sed consumendo, à bonæ fidei possessore acquiruntur, cum a malæ fidei possessore etiam consumpti condici possunt, *l. 3. C. de Condict. ex lege.*

4. Lana, *inquit Paulus*, apud bonæ fidei tondorem in fructu est, & statim Emptoris fit, Idem de Agnis dicendum, si consumpti sint, quod verum est. Agni vero quia non sine cultura Domini proveniunt, inter Industriales fructus habentur. *D. 41. 3. 4. S. 9.*

Resp. Quod rationi haud congruit, in eadem lege, aliud de Lana, aliud de Agnis statui, præsertim cum *Caius*, in *l. 28. D. de usuris & fructibus*, dicat quod Lana, Agni & Vituli statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris. Nihil igitur restat, uti *Donello* viderur, nisi ut hoc sic intelligatur, Agnos fieri bonæ fidei possessoris, maximè, & sine dubitatione, si consumpti sint, eo magis quod idem *Paulus* in *l. 28. D. de acquir. Dom.* Cum in principio proposuit fructus bonæ fidei possessoris, statim fieri ubi à solo separati sunt, in fine subjungit & Ovium foetus in fructu sunt, & idem ad bonæ fidei Emptorem pertinent, nulla ibi Consumptionis habita mentione.

3. *Quod de fructibus consumptis tenetur in quantum factus, est Locupletior.*

1. Consuluit Senatus, *inquit Ulpianus*, Bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo Locupletiores

pletiores facti sunt, &c. D. 5. 3, 25. S. II.

Bonæ fidei possessoris, inquit *M. Ælius, Antoninus*, fructus reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Quod non solum ad extantes, sed etiam ad consumptos fructus extendi potest. C. 3. 31, 1. S. 1.

Resp. Quod hoc in hæreditatis possessore locum habet, non in singularum rerum possessore. Nam in petitione hæreditatis, fructus omnes, & pretia rerum hæreditariarum numerantur, unde siquid ex iis redactum sit, ex quo possessor locupletior factus est, ei imputatur, In rei autem singularis vindicatione illæ res solum, petuntur, quæ extant, vel quæ quis Dolo malo, desiit possidere.

De hac quæstione tres distinctæ sunt considerationes. 1. De fructibus naturalibus. 2. De fructibus extantibus. 3. De fructibus consumptis, ex quibus bonæ fidei possessor locupletior factus est.

1. Quod ad 1. Attinet, *Donellus* statuit hos demum fructus bonæ fidei possessoris fieri, qui opera, & cultura proveniunt, veluti qui ex serendo, & fœtu pecudum oriuntur, *Pacius* censet quod qui possidet ex causâ lucrativâ, veluti ex Donatione, acquirit tantum fructus industriales, qui vero possidet ex causâ onerosâ, utpote ex emptione, lucratur omnes fructus, etiam naturales. *Vinnius* vero in ea est sententia, quod qualitas fructuum nihil mutat, & bonæ fidei possessor non minus fructus naturales quam industriales suos facit; Quia olea mox cum excussa est, & fœnum simul atque cæsum & à solo separatum est, (quæ inter fructus naturales numerantur) bonæ fidei possessoris fieri dicuntur, l. 13. D. *Quibus modis ususfructus amittatur* & l. 78. D. *de rei vindicat.* 2. Quia *Paulus* scribit bonæ fidei emptorem non tantum fructus eos qui ex ejus diligentia, & opera proveniunt sed etiam omnes suos facere, quia quod ad fructus attinet pene loco Domini est, l. 48. D. *de acquir.*

218 *Questionum Juris Civilis*

quir. Dominio. Ad secundam quod attinet *Donellus*, uti ipse faretur, contra receptam Juris consulti-
torum opinionem, Quod à Bonæ fidei possessore
fructus extantes restituendi sunt, quoad industriales
contrarium statuit. 1. Quia multis in locis tradi-
tum sit eos bonæ fidei possessoris fieri, simulatque
à solo separati sunt. 2. Quod bonæ fidei posses-
sor in fructibus percipiendis, idem Jus habet quod
prædiorum Dominis tributum est. 3. Quod agni &
hædi, quæ sunt in fructu pecudum, statim pleno Ju-
re bonæ fidei possessoris sunt, &c. *Vinnius* contra,
secundum communem opinionem, arguit, Quod du-
plex sit Dominiæ acquisitio, una perpetua, qualis est
veri Proprietarii, altera temporalis, qualis est ma-
riti in re dotali, cujus jus soluto matrimonio ab
eo recedit, & tale jus, *inquit*, est bonæ fidei pos-
sessoris, in perceptis, necdum consumptis fructibus.
Hunnus Donelli sententiæ astipulatur, & ait *Justi-*
niano, in tit. de rerum Divisione, propositum fu-
isse quibus modis Jure Naturali, sive Gentium, Re-
rum Dominiæ à privatis plene, & perfecte acquiran-
tur, Quod Dominium aliquod sit revocabile esse Ju-
ris Civilis, Nec ut fructus industriales, perceptione
bonæ fidei possessoris facti, aliquando restituantur
ullo jure aut lege reperiri. Quod naturalis æquitas
postulat, ut eum sequantur commoda, cujus juste
præcessit incommodum, & quod fructus industriales
non tam ex fundo, quam ex facto bonæ fidei pos-
sessoris oriuntur, Quod ex eorum perceptione Domi-
nus fundi, qui aliter incultus jacuisset, nullo dam-
no, nec injuria afficiatur, Cui sententiæ congruit
quod tradit *Grotius* scil. ubi ait: Bonæ fidei posses-
sorem teneri, ad restituendum fructus rei extantes,
dico, *inquit*, fructus rei, Nam industriæ fructus,
etiã sine re non procederent, rei tamen non de-
bentur. 3. Quod ad tertiam attinet de fructibus
consumptis, ex quibus bonæ fidei possessor totuple-
rior factus est *Grotius* ait, eum ad restitutionem
fructuum

fructuum consumptorum, teneri, si alias quoque tantundem consumpturus fuisset, Nam in hoc locupletior censetur, Juris vero Romani consulti de fructibus consumptis solum malæ fidei possessorem, & possessorem hæreditatis alienæ, si locupletior factus sit, ad restitutionem teneri tradunt, possessorem vero bonæ fidei singularem fructus naturales consumptione suos facere, non minus quam industrialis, ex perceptione ejus fiunt.

Vid. Donellum Comment. l. 4. c. 25. & 26. Bocerum de fructibus rei alienæ, Fachinæum, l. 1. c. 57. & 58. Hunnium, l. 2. tr. 1. quest. 31, 32, 33. Grotium de Jure belli, l. 2. cap. 8. nm. 4. & 5. Pacium, cent. 5. quest. 44, 45. Bronchurt. cent. 2. assert. 88, & 89. Vinnium, lib. 1. cap. 25, & 26. Anton. Fabrium, cons. lib. 4. cap. 17.

Q U Æ S T. X.

An Servitus diuturno usu solo acquiri possit?

Quod sic,

Siquis, *inquit Ulpianus*, diuturno usu, & longa quasi possessione, Jus Aquæ ducendæ nactus sit: non est ei necesse, docere de Jure, quo Aqua ei constituta sit, veluti ex Legato, vel alio modo, sed utilem actionem habet ut ostendat per annos forte tot, usum se, non vi, nec clam, nec precario possedisse.

2. Siquis, *inquit idem*, servitutem Jure impositam non habeat, habet longæ possessionis prærogativam, ex eo quod diu usus est servitute, hoc Interdicto, id est, de itinere actuque privato) uti potest.

43. 19, 5. S. 3.

L 2

3. Sane

220 *Questionum Juris Civilis*

3. Sane in servitutibus, *inquit idem Ulp.* hoc sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute, neque vi, neque clam, nec precario, habuisse longa consuetudine, vel jure impositam servitutem videatur. *D. 39. 3. §. in fine.*

4. In summa, *inquit Paulus*, tria sunt per quæ locus inferior superiori servit, Natura loci, Lex, vetustas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scil. litium causa. *D. 39. 3. 2. §. pr.*

5. *Scevola respondit*, solere eos qui juri dicundo præfunt, Ductus aquæ tueri, iis quibus auctoritatem vetustas dedit, tametsi nullo jure probaretur. *D. 39. 3. 26.*

6. Sancitur, *inquit Justinianus*, Si causa inter præsentēs (id est, in eadem provincia domicilium habentes) sit, Decennii præscriptione, Agentem excludi. Si inter absentes, (id est, in diversis Provinciis domicilium habentes) locum esse viginti annorum exceptioni, etsi res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti servitutes. *C. 7. 33. 12.*

Quod non,

1. Incorporales res, *inquit Gaius*, traditionem, & usucapionem non recipiunt. *D. 41. 1. 43. S. i.*

Resp. Quod res incorporales, veluti servitutes, secundum Jus Civile, vere & proprie usucapi, aut præscribi non potuerunt, quia eo jure ad usucapionem & præscriptionem possessio erat necessaria, Jure vero Prætorio, ex diuturno usu, earum præscriptio permittebatur & usus pro possessione habebatur.

2. Servitutes prædiorum rusticorum, *inquit Paulus*, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt & ideo usu non capiuntur, quia tales servitutes certam, continuamque possessionem non habent, Neque enim tam perpetuo, tamque continenter, quis ire potest ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur, Idem & in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. *D. 8. 1. 14.*

Resp.

Resp. Quod servitutes non usucapiuntur secundum jus antiquum, sed præscribuntur, & omnis servitus possessionem, quasi continuam habet, etiam cum ejus usus intermittitur, si animo retineatur, & sicut in personalibus servitutibus, ita etiam in realibus magis inspicitur animus possidentis, quam actuum continuatio, quia animus utendi potest esse continuus, licet actus utendi aliquando intermittatur.

3. Omnes servitutes prædiorum, *inquit idem Paulus*, perpetuas causas habere debent, & ideo ex lacu aquæductus concedi non potest, Stillicidii quoque immittendi naturalis, & perpetua causa esse debet, ideoque foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, pavimenti proluendi causa, non flumen esse, nec tempore acquiri posse, placuit. *D. 8. 2. 28.*

Resp. Quod aliud est causa perpetua, aliud causa continua, Causa perpetua est, quæ est naturalis, etsi non assidue fiat, quia naturalis causa certa est, veluti stillicidii, ex aqua pluvia immittendi, Continua causa est, quæ semper eodem modo se habet, ut aquæ ductus ex perenni fonte, vel flumine; Servitutis causa debet esse naturalis, & perpetua, id est, ejus conditionis ut ea quis perpetuo uti possit, actu, vel potentia, etsi assidue non utatur, continua vero causa non in omnibus est necessaria, Sed quod factum, vel manu hominis opus habet causam perpetuam non habet, nec perpetuo fieri intelligitur unde ex Lacu, vel stagno quæ manu fiunt aquæ ducendæ servitus constitui non potest, nec per foramen prolaviem, in alienas aedes, immittendi.

4. *Fomponius ait*, Quod ductus aquæ *Origo* memoriam excedens jure constituitur, Ergo diuturnus usus, cujus initii memoria existit, non sufficit. *D. 43. 20. 3. S. 4.*

Resp. Quod hoc intelligendum est, de aqua quæ ex flumine publico ducitur, cum nullus sit, qui ejus aquæ ducendæ patientiam præstare potest, ideoque ad hoc requiritur tempus immemorabile ut non

222 *Questionum Juris Civilis*

opere aliquo manufacto, sed quasi Naturæ beneficio hæc servitus introducta videatur, ita *Connanus*.

5. Hoc jure utimur, inquit *Ulpianus*, ut servitutes, per se nunquam longo tempore capi possunt, cum ædificiis possunt. D. 41. 3. 1. S. 1.

Resp. Quod servitutes per se longo tempore solo usucapi non possunt, quia in usucapione justus titulus requiritur, possunt vero longo usu acquiri. Quia talis acquisitio, titulum non requirit. *Vid.* *Cujacium*.

6. *Dioclet. & Maxim.* Usucapio, inquit, vero titulo non præcedente procedere non potest, Et nullo titulo præcedente, iidem inquit, possidentes Juris ratio Dominium quærere prohibet. C. 7. 29. 4.

Resp. Quod ex earundem legum, verbis possessionis scilicet, & Dominii, apparet, eas ad usucapionem rerum corporalium, non incorporalium, quales sunt servitutes, pertinere.

7. Servitutes, inquit *Antoninus Imp.* exemplo rerum immobilium acquiruntur, sed res immobiles sine titulo acquiri non possunt. C. 3. 34. 2.

Resp. Quod servitutes exemplo rerum immobilium acquiruntur, respectu temporis, non respectu tituli.

8. Possidens, inquit *Justinianus*, bonum initium habeat, sed sine justo titulo, bonum initium esse non potest. C. 7. 33. 12.

Resp. Quod scientia, & patientia Domini est bonum initium, & qui sine Dolo uti cepit, nec postea vi, clam, aut precario usus est, quamvis titulum non habeat, bono initio non caret.

Antiquiores Juris Civilis Interpretes, *Accursius*, *Bartolus* & alii distinguunt inter servitutem continuam, quæ semel constituta semper durat cujusmodi est Jus tigni immittendi, & discontinuam, cujus usus aliquando intermittitur ut Jus eundi, & agendi. Et censent, quod quæ est prioris generis, diuturno usu decem, aut viginti annorum acquiri possit, quæ vero posterioris generis, non nisi tanto tempore, cujus memoria non existit, præscribi possit. Recentiores vero

Jurif.

Jurisperiti plerique in ea sunt sententia quod diuturno usu, non minus servitus, quæ habet causam discontinuam, quam quæ continuam causam habet, acquiri possit, ita Connanus, & Donellus & post eos accurate Vinnius, qui ita statuit, Quod etsi servitutes, cum sint res incorporales, in quas possessio proprie non cadit, usucapi non potuerunt, i. e. biennio, quo temporis spatio, olim in Italico solo, rerum immobilium usucapio, implebatur, diuturno tamen usu inter presentes decem, & inter absentes viginti annorum, ita acquiri possint, ut tanquam Jure Impositas, utilibus actionibus eas vindicare liceat, Duarenus, Corasius, & alii ad acquisitionem servitutis ultra diuturnum usum, etiam justum titulum requirunt, quia Celsus ait, Errare eos, qui existimant, cujus quis, rei possessionem bona fide adeptus est eam pro suo, usu capere posse, D. de usucap. 29. Donellus vero, & Vinnius respondent. Quod hæc lex ad rerum corporalium usucapionem pertinet, quia in ea possessionis fit mentio, quæ proprie non est servitutis, sed usus tantum. Denique aiunt longa consuetudine servitutem ita acquiri, si quis usus sit nec vi, nec clam, nec precario, quibus verbis requiritur, ut usus sit Domino prædii sciente. Sed Titulo accedente, & bona fide, etiam Domino ignorante, longi temporis præscriptione servitus acquiritur, si quis à non Domino titulum haberet sin autem titulum haberet à vero Domino nullo opus est tempore, sed statim servitus constituitur.

Vid. Connanum Comment. l. 4. c. 12. Donellum Comment. l. 11. c. 12. Bronchur. cent. 1. assert. 91, & 92. Vinn. lib. 1. quest. 31. Pacium, cent. 3. quest. 5. 3. contr. Duarenum, lib. 1. disput. cap. 34. Humium, l. 2. tr. 2. 9, 14.

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS QUINTA.

QUÆST. I.

*An contractus in arbitrium, aliter quam
boni viri collatus, valeat?*

Quod non,

1. **Q**UOD non valet respectu ejus, qui
prestare debet.

1. Illud constat, inquit Gaius, imperfectum esse negotium, cum emere volenti, venditor sic dixit, Quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum. D. 18. 1, 35.

2. Sub hac conditione, inquit Pomponius, si volam, nulla fit obligatio, Pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non potes. D. 44. 7. 8.

3. Si societatem, inquit idem, mecum coieris, ea conditione, ut partes societatis constitueris, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est. D. 17. 2, 6.

4. In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, inquiunt Dioclet. & Maximin. quia contrahentes necessitate non astringit nulla est obligatio. C. 4. 38, 13.

Eodem tendunt, l. 7. D. de contrab. Emptione, l. 108. in fine. D. de verb. obligat, l. 17. D. eod.

2. *Quod*

2. *Quod non valet respectu ejus cui præstandus est.*

1. Generaliter probandum, *inquit Ulpianus*, ubicunque in bonæ fidei judiciis Conditiō in arbitrium Domini confertur, pro arbitrio boni viri habendum esse.

2. *Hæc venditiō servi, inquit idem*, si rationes Domini arbitrio computasset, Conditionalis est, sed utrum hæc sit venditionis conditiō, si ipse Dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio boni viri, Nam si arbitrium Domini accipiamus venditiō nulla est, & ita placuit veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini, &c. *D. 18. 1. 7.*

3. Si in lege Locationis, *inquit Paulus*, comprehensum sit, ut arbitrio Domini opus approbetur, perinde habetur, ac si Boni viri arbitrium comprehensum fuisset. *D. 19. 2. 25.*

4. Si Libertus, *inquit Celsus*, ita juraverit, se tot operas, quot Dominus arbitraturus sit, daturum, non aliter ratum erit Patroni arbitrium, quam si æquum arbitratus fuerit, Nam fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant non quod immodice obligari velint, *D. 38. 1. 30.*

3. *Quod non valet respectu tertiæ personæ.*

1. Si merces, *inquit Gaius*, promissa sit alieno arbitrio, locatio, & Conductio contrahi non videtur. *D. 19. 2. 25.*

2. Boni viri arbitrium, *inquit Paulus*, comprehensum habetur, si alterius cujuslibet arbitrium comprehensum sit, Nam bona fides exigit, ut arbitrium tale præstetur, quale bono viro convenit. *D. 19. 2. 24.*

3. Societatem, *inquit Proculus*, mecum coiisti ea conditione, ut Nerva amicus communis, partes

226 *Questionum Juris Civilis*

societatis constituere, *Nerva* constituit, ut tu ex triciente socius esses, Ego ex besse, Quæsitum est, an ex his socii essemus, quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituisse oportuerit? Arbitrorum enim duo sunt genera, unum ejusmodi, ut si æquum, si iniquum sit arbitrium ei parere debeamus, alterum ejusmodi, ut ad viri boni arbitrium redigi debeat, etsi persona nominatim sit comprehensa, cujus arbitrio fiat, deinde, In proposita questione *inquit*; arbitrium boni viri sequendum esse existimo, & *Paulus* Si *Nervæ* judicium, *inquit*, ita prævum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat, per judicem bonæ fidei corrigi potest. D. 17. 2, 25, 76. D. 17. 2, 78. D. 17. 2, 79.

Quod sic,

1. *Quod valeat respectu ejus qui Contractum præstare debet.*

1. Emptio, *inquit Justinianus*, tam sub conditione, quam pure contrahi potest, sub Conditione veluti si Stichus, intra certum diem tibi placuerit, tot aureis tibi emptus erit. I. 3. 23. S. 4.

Resp. Quod Emptio sub hujusmodi conditione valet, quia per adjunctionem certæ diei, non confertur in ejus arbitrium an emptum habere velit necne, sed quando emptum habere velit.

2. Si ita, *inquit Paulus* stipulatus fuero, cum volueris, quidam in utilem stipulationem esse censent, alii ita inutilem esse, si antequam constituas, morieris, unde sequitur utilem esse, si antequam moriaris constituas.

Resp. Quod per Conditionem Cum Volueris tempus solum confertur in voluntatem promissoris, non id quod promissum est, quamvis in ea conditione, tacite inest Condicio, si volueris, Sed expressa nocent, non expressa non nocent.

3. Gener à Socero, *inquit Papinianus*, Dotem arbitratu soceri, certo die dari, non demonstrata re, vel quan-

quantitate, stipulatus est, Arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit. *D. 23. 3, 6.*

Resp. Quod stipulatio valet favore Dotis, prout valeret si nulla mentio arbitrii soceri facta fuisset, Quia ut sequitur in eadem lege, Dotis quantitas pro modo facultatum patris, id est, Soceri, & Mariti dignitate constitui potest.

4. Si cum ea quæ tibi matrimonio copulata est, inquit *Gordianus Imp.* Extraneus tibi dotem, non adjecta quantitate, sed quodcumque arbitratus fuisset, pro ea se daturum rite promiserit, & interpositæ stipulationi fidem non exhibet, comperentibus actionibus usus, ad promissi emolumentum pervenies.

Resp. Quod præterquam Dotis causa sit favorabilis in eadem lege Ratio sequitur, Quia videtur Boni viri arbitrium stipulationi insertum.

2. Quod valet respectu ejus cui Contractus est præstandus.

1. Si ita expressum sit, inquit *Gaius*, Titio, si voluerit do, lego; *Proculus* notat, non aliter ad hæredem Legatarii pertinere, quam si ipse Legatarius voluerit ad se pertinere, Ergo si Legatarius dum vixit; ita se velle declaravit, etiam ad ejus hæredem pertinebit. *D. 35. 1, 69.*

Resp. Quod hoc verum est in Legatis, sed idem non obtinet in contractibus, ita *Accursius* ad eandem Legem.

3. Quod respectu tertiæ personæ Contractus, aliter valet.

1. Si merces promissa sit, inquit *Gaius*, quanti Titius æstimaverit, sub hac conditione Locationem stare oportet, ut siquidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem & mercedem persolvi, & Conductionem ad effectum pervenire oportet. *D. 19. 2. 25.*

Resp. Quod hæc Lex secundum alias leges interpretanda est, scilicet omnimodo standum esse arbitrio

228 *Quæstionum Juris Civilis*

bitrio, si æquum sit, & boni viri arbitrio consentaneum, ita post *Accursium*, *Hunnium*, eo magis quod ut ibi notat *Gotofredus* Locationis merces, certa esse debet, quod non alias intelligi potest, nisi secundum arbitrium boni viri.

2 In proposita quæstione scil: ut Amicus communis societatis partes constitueret, *inquit Proculus*, Boni viri judicium sequendum est, Eo magis, quod Judicium pro Socio, est bonæ fidei, unde inferri potest, Quod in Judiciis stricti juris non necesse sit idem observare. *D. 17. 2. 78.*

Resp. Quod verba eo magis in judicio bonæ fidei, ab eadem observatione non excludunt contractus stricti juris, sed eam magis præcipue admittunt in Contractibus bonæ fidei.

3 Stari debet sententiæ Arbitri quam de re dixit, *inquit Ulpianus*, sive æqua sit, sive iniqua, &c. *D. 4. 8. 27. S. 2.*

Resp. Quod hoc verum est, in Arbitro Compromissario cujus sententiæ aquiescere partes sub pœna obligantur.

De hac quæstione, *Julius Pacius* sic distinguit Quod aut Res, sive Condicio confertur in arbitrium vel Contrahentis, vel Alterius, Et Contrahens, aut est Creditor cui Res, vel Condicio est præstanda, aut Debitor qui præstare tenetur, aut simul Creditor & Debitor, ut Emptor, Venditor, Locator, Conductor, Socius. Et quod generaliter statuitur, hæc Regula, Quod cum Res vel Condicio confertur, in arbitrium Contrahentis valet Contractus ita ut accipiat arbitrium, pro arbitrio boni viri *l. 6. D. pro Socio. l. 7. D. de Contrahend. Emptione*, Excipiendum tamen, Nisi arbitrio Debitoris referatur non quid, vel quantum, vel quale debeat, sed an debeat. *l. 2. S. 1. D. Quod certo loco.* Cum vero in alterius vel tertiæ personæ arbitrium, Res, vel Condicio confertur, videndum est, utrum sit contractus bonæ fidei, an stricti

Et juris. Si Contractus sit bonæ fidei, utpote Societatis, ut viri boni, arbitrium adhibendum est, l. 76. & seq. D. pro. Socio. Si sit Contractus stricti juris, ut Stipulatio, qualiquali arbitrio parendum est, l. 43, & seq. D. de verb. obligat. Quod etiam in Compromisso observatur, l. 27. D. de Recept. arbitris.

Vid. Pacium Cent. 5. quest. 3. cum quo quantum ad Contractus stricti juris, consentiunt Hotomannus Observat. l. 3. cap. 21. Cujacius ad l. 43. D. de verb. obligat. Jacobus Gotofredus ad l. 22. D. de Reg. Juris. Ab eo dissentiunt, Duarenus & Donellus, ad eand. l. 43. item Hunnius lib. 3. tract. 2. q. 14. vid. etiam Bronchurstum Cent. 2. Assert. 5.

QUÆST. II.

An à Contractu perfecto recedere liceat?

Quod non,

Sicut ab initio, *inquiunt Dioclet, & Maxim.* Libera potestas unicuique est, habendi, vel non habendi Contractus, ita constitutæ semel obligationi adversario non consentiente, nemo renunciare potest. C. 4. 10. 5,

Cum in arbitrio cujusque sit *inquit Justinus,* hoc facere quod instituit, oportet eum vel minime ad hoc proficere, vel cum ad hoc venire properaverit, excogitatis artibus suum propositum non defraudare, C. 8. 54. 35. S. 5. C. de Obligat. l. 8. *Similiter.*

3. Si Senator, *inquit Callistratus,* negotiis in Provincia se obtulerit, non debet iudicium negotiorum gestorum recusare, sed eum actionem excipere oportet, cum sua sponte hanc obligationem sibi contraxerit, D. 5. 1. 36. S. 1.

4. Si

230 *Questionum Juris Civilis*

4 Sicut voluntatis, & officii, *inquit Paulus*, magis quam necessitatis, est, commodare, ita modum commodati, finemque præscribere, ejus est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, tunc finem præscribere, atque intempestive rei commodatæ usum auferre, non Officium tantum impedit, sed suscepta inter dantem accipientemque obligatio, Invicem enim negotium geritur. *D. 13. 6. 17. S. 3.*

5 Non est permittendum, *inquit Ulpianus*, officium quod quis semel suscepit, contra legem depositionis deponere. *D. 16. 3. 5. S. 2.*

6. A contractu emptionis, venditionis, *inquiunt Dioclet, & Maxim.* jure perfecto alterutro invito nullo tempore recedi, bona fides patitur. *C. 4. 38. 12. in fine.*

7 Sicut liberum est, *inquit Paulus*, mandatum non suscipere, ita susceptum oportet consummari. *D. 17. 1. 22. 12.*

8 Si quis, *inquit Justinus*, in conscribendo instrumento confessus sit se fori præscriptione non usurum, adversus conventionem suam venire non debet &c. *C. 2. 3 29.*

Quod sic,

1. Libera matrimonia esse, *inquit Alexander Imp.* antiquitus placuit, ideoque pacta ne divertere liceat, non valere, & Stipulationes quibus poenæ irrogantur, ei qui quæve divortium fecisset, ratas non haberi constat. *C. 8, 39. 2.*

Resp. Quod pacta ne divertere liceat, ut Imperator in eadem lege præmittit, sunt contra Libertatem matrimonii, & prout sequitur, ejusmodi Libertas nec circa contrahendum, nec circa distrahendum poenæ vinculis astringi debet.

2. Eleganter, *inquit Ulpianus*, quærit Pomponius, Si maritus paciscatur, Ne in id quod facere possit condemnatur, sed in solidum, an hoc pactum

ctum servandum fit, & negat servari oportere. D. 24. 3. 14.

Resp. Quod in eadem lege *Ulpianus* rationem reddit quia huiusmodi pactum contra bonos mores est, quippe contra receptam reverentiam, quæ maritis exhibenda est.

3. Si tibi dederò, *inquit Ulpianus*, ut Stichum manumittas, si non facis possum condicere, aut si me poeniteat condicere possum, D. 12. 4. 3. S. 2.

Resp. Quod in ejusmodi Contractibus, inuominatis scilicet, id tacite agi intelligitur, ut quamdiu res, ob quam quid datum est, est integra, id est ab altera parte non impleta, dari sit repetitio, l. 1. in fine D. de rerum permutatione.

4. Cum precario aliquid datur, *inquit Celsus*, convenit, ut in calendas Junias quis precario possideat, numquid exceptione adjuvandus sit, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito Domino possidere liceat. D. 43. 26. 12.

Resp. Quod precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, tam diu quam is qui concedit patitur. D. de Precario l. 1. Et proinde est contra naturam precarii, ut quis ad certum tempus re utatur, Nam hoc commodatum est, & ita res de novo commodari potuit, sed pacta contra naturam contractus appposita non subsistunt.

5. Manet societas, *inquit Justinianus*, eousque donec, vel dum focii in eodem consensu perseverant, at cum aliquis societati renunciaverit, solvitur societas. I. 3. 25. S. 4. D. pro Socio l. 63. in fine, & l. 64. similiter.

Resp. Quod societas ea intentione à principio contrahitur, ut liceat alterutri sociorum, quando liber, à societate recedere. Quia nemo invitus in communione manere compellitur, cum communio plerumque soleat discordias excitare, l. ult. C. Communis dividundo.

232 *Quaestionum Juris Civilis*

6. Si deposuero apud te, *inquit Ulpianus*, ut post mortem tuam reddas, tecum depositi agere possum. Possum enim mutare voluntatem, & ante mortem tuam depositum repetere. Proinde & si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, mutata voluntate potero depositi agere. *D. 16. 3. 1. S. 45.*

Resp. Quod contractus depositi deponentis gratia contrahitur, & ejus solius interest, ergo sine prejudicio ejus qui depositum suscepit, potest mutare voluntatem, non ita is qui alterius causa depositum suscepit.

7. Mandato, *inquit Paulus*, renunciari potest, ut integrum jus mandatori seruetur, eandem rem vel per se, vel per alium commode explicandi, aut si in eum redundet captio, qui suscepit. *D. 17. 1. 22.*

Resp. Quod mandatarius re integra mandato renunciare potest, quia actio mandati tum demum mandanti competit, quando ejus interesse capit, atqui ubi re integra mandato renunciatum est, mandantis nihil interest, quia per se, vel alium æque idoneum negotium suum expedire potest, *D. mandati, l. 8. S. 6.*

8. Se convenerit, *inquit Africanus*, ut alius præterquam is cujus Jurisdictio esset, jus diceret, & priusquam adiretur voluntas mutata fuerit, proculdubio nemo compellitur ejusmodi conventioni stare, contra *Legem 29. C. de Pactis.* ubi contrarium *Justinianus* statuit. *D. 2. 1. 18.*

Resp. Quod de hac antinomia uti videtur, variae sunt opiniones, quos recenset *Nicolaus Genoa.* Præcipua videtur quod in casu *Africani* intercessit nuda conventio, extra judicium facta inter partes, & quod pactum nudum non parit obligationem, *l. 7. D. de Pactis.* In casu autem *legis 29. C. de Pactis*, conventio facta fuit in instrumento, cum solenni stipulatione, de respondendo coram iudice aliquo ita *Rebuffus* cui propemodum suffragatur *Pacius*, qui ait, quod in *l. 1. D. de Jurisdictione* post contractum

etiam negotium de quo Iudex adeundus fuit nudo pacto convenit de alio Præside, quam qui Jurisdictionem habuit, adeundo, & quia nudum pactum erat non prodest ad agendum, nisi contractui insertum fuerit, & ab eo recedere licuit. *In lege vero 19. C. de Pactis.* In ipso contractu faciundo consensum fuit in alienum Judicem, cum veresimile esset, aliter alterum contracturum non fuisse, & proinde iniquum fuit eundem postea recusare. Et in horum duorum opinionibus acquiescendum arbitramur.

De hac quaestione *Bartolus* sic distinguit quod contractus, aut est nominatus ut mutui, commodati, emptionis, venditionis, & ab eo recedere non licet, excipiendum tamen. 1. Nisi contractus vel pactum sit contra leges, aut bonos mores. 2. Nisi pactum contractui, vel negotio appositum, sit contra naturam contractus vel negotii. 3. Nisi nihil interfit, alterius partis si ab eo recedatur, Aut est contractus innominatus veluti do ut des, do ut facias, & tunc secundum conventionem, aut ab altera parte quid est factum, aut ab utraque, aut à neutra parte. 1. Si ab altera parte secundum conventionem quid est factum, is qui fecit potest recedere, is qui non fecit recedere non potest. 2. Si ab utraque parte id de quo convenit factum est; neutri earum, altera parte invita recedere licet. 3. Si à neutra parte aliquid factum est, uterque sine alterius præjudicio, recedere potest.

Vid. Bartolum ad l. Si pecuniam nu. 11. D. de Condit. causa data. Bronchurstum, cent. 4. assert. 33. de Antinomia Glossam & DD. ad l. si convenerit, D. de Jurisdic. & ad l. In conscribendo C. de Pactis, Corasium & Rebussum ad legem si convenerit. Bronch. cent. 1. assert. 24. Pacium, cent. 1. quest. 60. Nicol. Genoa concilium legum contr. p. 397.

Q U Æ S T. III.

*An mutuum ex pecunia quæ non est Crediti
urk constitui possit?*

Quod sic,

1. **S**I à Debitore meo, inquit *Africanus*, jussero te pecuniam accipere, credita fiet. *D. 17. 1. 3. 4.*

2. Singularia quædam, inquit *Ulpianus*, circa pecuniam creditam recepta sunt, Nam si Debitorem meum jussero tibi pecuniam dare, obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis, Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc in eadem persona recipiendum, ut cum ex causa mandati, pecuniam mihi debeas, & convenerit, ut Crediti nomine retineas, videatur pecunia data, à me ad te profecta. *D. 12. 1. 15.*

3. Rogasti me, inquit *Ulpianus*, ut tibi pecuniam crederem, Ego cum non haberem, Lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis uteris, si vendideris puto pecuniam mutuam factam. *D. 12. 1. 11.*

4. *Diocletianus & Maxim. Imp.* Si pro mutua pecunia, inquit, quam à Creditore poscebas, argentum, vel jumenta, vel alias species, utriusque consensu æstimatas, dato auro pignori, accepisti, licet ultra usuram centesimam sponsondisti, tamen fors quæ æstimatione placito partium definita est, & Legitima summa, usurarum titulo, recte petetur, ubi *Baldus* notat si species æstimata pro mutuo contrahendo datur, contrahitur mutuum. *C. 4. 2. 8.*

Quod non,

1. Mutuum, inquit *Justinianus*, inde est appella-
rum

tum quia ita à me datur, ut ex meo tuum fiat. *D. de rebus creditis, l. 2. §. 2. similiter.* Et Argento omni legato, quod suum esset, sine dubio, *inquit Ulpianus*, non debetur id quod in credito erat, hoc ideo, quia non videtur id suum esse, quod vindicari non possit. *l. 3. 14. in fine. D. 34. 2. 27.*

Resp. Cum exigitur in mutuo ut de meo tuum fiat, id efficit, ut si pecunia tibi data sit, sed non ita data, ut de mea tua fiat, eam tu tanquam mutuatam, seu mutui nomine mihi debere non possis, Sed si quis suam pecuniam, tanquam meam, & meo nomine tradidit, & ut mutua mihi deberetur, convenit, perinde est ac si ego dedissem five ego mandavi, ut ille daret, five eum sine mandato dedisset ego ratum habeo, Ideoque utroque casu etsi pecunie vindicationem non habeam, ejus tamen condictionem mihi acquiri placet, *l. 8. D. de rebus creditis ita Donellus.*

2. Novatio, *inquit Ulpianus*, est prioris debiti in aliam obligationem translatio, & non aliter fit, *inquit Justinianus*, quam si hoc ipsum à contrahentibus expressum sit, se novandi animo, & prioris obligationis tollendæ causâ, posteriorem contrahere. *D. 46. 2. 1. C. 8. 42. 8.*

Resp. Quod prior obligatio non solum novatione, sed etiam solutione tolli potest, & multo magis solutione quam novatione Civilis obligatio tollitur, & cum Debitor pecuniam quam Creditori dare poterat, & in hanc rem paratam habebat, videtur ei dedisse, hoc modo illi ex priorè causâ solvisse intelligitur. Nova autem mutui obligatio contrahitur, tunc cum convenit, ut Debitor pecuniam Crediti nomine ex mutuo retineret, Quia ut is videtur prius pecuniam Creditori dedisse, qua solutione liberatur, ita eodem tempore videtur, pecuniam à Creditore recepisse quæ res Jure Civili mutuum constituit, *ita etiam Donellus.*

3. Si à Debitore meo, *inquit Africanus*, jussero
se

se pecuniam accipere, benigne, (id est, præter juris communis regulas) receptum est, ut fiat credita, Quod vero contra juris rationem receptum est, inquit *Paulus*, non est producendum ad consequentias. *D. 17. 1. 34. D. 1. 3. 14.*

Resp. Quod id quod benigne receptum est, non est producendum ad id, quod est minus probabile, ad id vero quod est magis veresimile & probabile produci potest, & fictio brevis manus, quæ in casu *Africani* admittitur, magis admittenda est in casu *Ulpiani*, quia in priore, cum à debitore alteri pecunia traditur, negotium inter duas personas, præter Creditorem, vertitur, cum vero convenit, ut quod quis ex causâ mandati debet, idem ex causâ mutui retineat, in una, & eadem persona negotium, perficitur, & proinde uti arguit *Ulpianus* Quod in duabus personis recipitur hoc in una & eadem persona est recipiendum, ita *Cujacius*.

4. Qui negotia. *L. Titii, inquit Africanus*, procurabat, cum à Debitoribus ejus pecuniam exegisset epistolam ad eum misit, qua significavit, ex Administratione, certam summam apud se esse, eamque creditam sibi, se debiturum cum usuris semissibus, Quæsitum, an ex ea causâ peti possit? Responsum est, eam non esse creditam, alioquin dicendum ex omni contractu pecuniam creditam nuda pactione fieri posse, directe contra id quod tradit *Ulpianus* in *l. 15. D. de rebus creditis. D. 17. 1. 34.*

Resp. Quod distinguendum sit inter, Mutuum & Creditum verum, & Mutuum sive, Creditum fictum, Quod *Africanus* ait verum est de Mutuo, & Credito vero, quia pecunia ex administratione debita non erat Domini propria, priusquam Domino solveretur, & proinde non ex sua alterius fieri potuit, sed non est verum de ficto & quasi mutuo, quia fictione brevis manus, (cujus mentio habetur in *l. 43. D. de jure dotium,*) quasi soluta Domino, & ab eo Debitori retrotradita haberi potuit, & consensu non solum

solum ex mandato, sed ex omni contractu pecunia credita, nuda pactione fieri potuit, ita *Pacius*.

5. Pecuniam ex administratione quaesitam, inquit *Africanus*, creditam non esse, argumentum est, Eum qui cum pecuniam mutuam dare veller, argentum dedisset, pecuniam nihilo magis, (id est, neutiquam ut creditam) recte petiturum, directe etiam contra id quod tradit *Ulpianus*. D. 17. 1. 34. in l. 11. D. de rebus creditis.

Resp. Quod in eo casu non est mutuum, Quia licet mutui causa res vendenda data esset, non tamen expressum est, ut is cui res data erat, pecunia ex ea redacta, tanquam credita uteretur, cum id quod in specie consistit, in mutuum non cadit, in casu vero *Ulpiani* expressum est, ut is cui lanx, vel massa vendenda data est, cum vendidisset, nummis uteretur, ita etiam *Donellus*.

6. Rogasti me, inquit *Ulpianus*, ut tibi nummos mutuo darem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris, si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti, tutius est ita agere, de *Labeo* ait praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus, Ex quibus verbis colligitur, quod in hoc casu non erat mutuum ex quo agi potuit, certi conditione. D. 19. 5. 19.

Resp. Quod in hoc casu non erat mutuum, Quia res mutui causa data, non erat vendita, aut pretium ex venditione non erat receptum, & in rem versum, quia non potest dici habere pecuniam mutuam quam nondum accepit, cum vero is qui mutui causa rem recepit, & ex ejus venditione pretium redegit, tunc pecunia mutua esse incipit, & tanquam ex mutuo certi conditione peti potest.

7. *Dioclet. & Maxim. Impp.* Si ab eo, inquit, qui ex causa venditionis debebat, citra vinculum stipulationis, mutuam pecuniam datam, tantum conscriptum sit, simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum, sive conventio, de precedenti obligatione nihil mutavit. C. 4. 2. 6.

Resp.

238 *Quaestionum Juris Civilis*

Resp. Quod argumento à contrario confirmatur quod si simulatio abfuisset, & stipulatio intervenisset, pecunia debita ex causa venditionis, in causam Crediti ex mutuo converti potuisset.

De hac quaestione an ex pecunia quæ non est Creditoris mutuum constitui possit, tres casus proponuntur, primus de eo qui à Debitore pecuniam accipere jussus est, secundus de eo qui ex alia causa, veluti mandati, pecuniam recepit, quam sibi creditam ex mutuo habere convenit, tertius de re mutui causa vendenda tradita, & pecunia ex venditione redigenda. In priore *Africanus* & *Ulpianus* consentiunt, in secundo & tertio, prout ex legibus allegatis apparet, omnino dissentire videntur, Ad eorum diversas, & discrepantes sententias conciliandas multa ab interpretibus cum antiquioribus tum recentioribus commenta sunt, Et primo quoad primam sententiam *Africani in l. 34. D. Mandati, & Ulpiani in l. 15. D. de rebus in Creditu.* 1. Antiquiores censuerunt, Quod *Africani* sententia intelligenda sit de Debitore ex alia causa, veluti ex mandato, qui absens fuit, loquitur enim de Debitore qui Epistolam misit, & de pecunia quæ apud se erat, id est, domui suæ, quæ data & retradita non tam facile intelligitur, *Ulpiani* vero sententia intelligenda sit de Debitore qui præsens, pecuniam solvere paratus erat, quod innuitur ex eo quod convenit, ut pecuniam Crediti nomine retineret, quo casu facilius fingi potuit, quod pecunia Creditori data, & ab eo rursus Debitori retradita erat, & in hac opinione etiam est *Donellus.* 2. *Andreas Alciatus* ait, ab *Africano* regulam, ab *Ulpiano* vero exceptionem traditam, scilicet ut pro regula sit, Debitum ex alia causa, nisi pecunia ipsa interveniat, in mutuum transferri non posse, Excipitur vero, quando fictione Juris pecunia intervenire censetur, utpote cum Procurator à Debitoribus pecuniam exigens id agit ut ejus dominium Domino acquiratur, quo

firmatur
cervenis-
causam

non est
s propo-
iam ac-
a causa,
i credi-
re mu-
nditione
us con-
gibus al-
Ad eo-

ciliandas
tum re-
oad pri-
dasi, &

1. An-
tia intel-
eluti ex
de Debi-
uae apud
retradita
sententia
pecuniam
eo quod
eret, quo
ditori da-
at, & in
rem Al-
iano vero
a fit, De-
terveniat,
tur vero,
censetur,
iam exi-
quiratur,

quo

quo casu solo consensu Domini, potest Procuratori in causam mutui transferri, ut in casu *Ulpiani*, secus vero est cum Procurator à Debitoribus pecuniam exigens, id agit ut sibi dominium acquirat, & se Domino Debitorem constituat, ut in casu *Africani*. 3. *Julius Pacius* distinguit inter mutuum Jure stricto, & mutuum ex bono & aequo, & ait, quod hoc casu, stricto Jure mutuum non est, secundum sententiam *Africani*, quia mutuum re contrahitur, & pecunia non interveniente, consensu solo non constituitur, Mutuum vero dici potest, ex aequo & bono secundum *Ulpiani* sententiam, quia pecunia Debita à Creditore recepta, & Debitori retradita fictione brevis manus censetur.

2. De *Africani* & *Ulpiani* sententiis, quoad casum secundum, in l. 34. D. *Mandati* & l. 11. D. *de rebus Creditis*. 1. *Alciatus* cum *Donello* censet, Si is qui ob causam mutui rem vendendam dedit, nihil de usu pretii tanquam mutuari dixerit, ut in casu *Africani* mutuum non esse, si vero is qui rem vendendam dedit expresserit, ut venditor rei pretio uteretur, ut in casu *Ulpiani*, mutuum esse. 2. *Johannes Robertus* distinguit an is cui res vendenda data est, eam nomine suo vendidit, & suo nomine nummos recepit, quo casu non est mutuum, sed venditor ex mandato tantum remanet obligatus, & ita *Africani* sententia defendi potest, an qui vendendum recepit, nomine ejus qui dedit vendidit, & pretium recepit, quo casu ex consensu Domini in mutuum converti potest, & ita sustineri potest sententia *Ulpiani*. 3. *Pacius* prout in superiori casu, ita & in hac statuit, Quod cum ex re vendenda tradita pretium vel pecunia redigitur, proprie & stricto Jure mutuum dici non potest, quia pecunia nunquam facta est ejus, qui rem vendendam dedit, sed ex bono & aequo mutuum dici potest, propter consensum ejus, qui rem vendendam dedit, & ejus qui recepit, & ex ejus venditione, mutui causa pretio

tio usus est, Eodem spectat *Cujacii* de tota quaestione
judicium, qui ait quod *Africanus* erat religiosior,
Ulpianus audentior juris interpres, quod ille senten-
tiam juris receptam, hic opinionem suam, quae prius
jure reciperetur, exposuit, quae postea inquit inva-
luit, ex rescriptis, l. 6. & 8. C. si certum petatur
ut hodie generaliter constitui possit ex quolibet con-
tractu debitum, creditum ex mutuo fieri posse, ad-
missa in omnibus fictione brevis manus, cui etiam
suffragatur *Vinnius*, qui etiam dicit, Omnibus bene
expensis eos oleum & operam perdere qui hoc in-
ter *Africanum*, & *Ulpianum* dissidium student
componere.

Vid. Glossam & DD. ad l. 34. D. Mandati, &
ad l. 11. & 15. D. de rebus creditis, Donel-
lum, & Alciatum, ad easdem leges, Johanne-
Robertum, lib. 2. sentent. cap. 5. Pacium-
cent. 3. quest. 64. & 66. Vinnium, lib. 1.
quest. 40 Nicolaum Genoam plenissime con-
liss. legum contrar. p. 104. & 113.

Q U A E S T. IV.

*An rem creditam, propter impensas in eam
factas, retinere liceat?*

Quod sic,

1. **E** I, inquit *Ulpianus*, apud quem depositum
esse dicitur, Contrarium judicium deposti-
tatur, de indemnitate ejus qui depositum
suscepit. D. 16. 3. 5.

2. Actione depositi conventus, inquit *Modestinus*
servo constituto cibarium nomine apud eundem
judicem utiliter experietur. D. 16. 3. 23.

3. Quo

3. Quod contrario iudicio, inquit Gaius, quis consequi potest, id etiam recto, quo cum eo agitur, iure compensationis saluum habere potest. D. 13. 6. 18. S. 4.

4. Non semper, inquit Marcellus, Dominus amittit possessionem, cum ei repositenti commodatum non redditur, Quid enim si alia fuit quæpiam iusta, & rationabilis causa, non reddendi? non utique ut possessionem ejus interverteret, ubi Gotofredus, fingamus, inquit, sumptus à commodatario factos. D. 41. 2. 26.

5. Potest, inquit Paulus, in eo differentia esse ut bonæ fidei possessor impensas omnimodo deducat, licet res, id est sumptus, non extet, sicut Tutor, vel Curator consequuntur, Prædo autem, id est, possessor malæ fidei, non aliter, quam si res melior sit, id est, si sumptus extet, Non enim debet Pettor ex aliena jactura lucrum facere. D. 5. 3. 38.

6. Quod dicitur, inquit Ulpianus, impensas necessarias dotem minuere, sic accipiendum est, ut non solæ res corporales diminuantur, utpote fundus, vel quodcumque corpus. Etenim absurdum est diminutionem corporis fieri, propter pecuniam, cæterum nec res faciet fundum dotalem esse desinere, Mabeat igitur maritus in rerum detentione donec ei satisfiat. D. 25. 1. 5.

7. Si ob aliquas impensas, inquit Paulus, quas in commodatam fecisti, retentionem habeas etiam in Domino, si eam subripiat, habebis furti actionem; quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit. D. 47. 2. 15. S. 2. add. l. 59. D. eo l.

Quod non,

1. Prætextu debiti, inquirunt. Dioclet. & Maxim. Titutio commodati non probabiliter recusatur. C. 4.

4. Resp. Quod prætextu Debiti ex diversa causa, Titutio commodati non est deneganda, ut-

242 *Questionum Juris Civilis*

pote si is cui equus commodatus est, commodanti decem mutuo dedit, quo casu non est locus contrario judicio, sed quod occasione ejusdem contractus commodatario deest, utpote si ad conservandum id, quod commodatum est impensas fecit, quas contrario judicio consequi potest, id per retentionem rei, quæ quasi pignoris loco est, servare potest.

2. Nec ob impensas in res dotales factas, *inquit Justinianus*, retentio nobis satis idonea videtur; cum enim, necessariæ quidem impensæ dotis minuant quantitatem, utiles autem non aliter in rei uxoriæ actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non abs re est, siquidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem marito indulgeri, vel si non intercedat voluntas mulieris, utiliter tamen res gesta est, Negotiorum gestorum actionem adversus eum sufficere. *C. 3. 13. 1. S. 5.*

Resp. Quod hæc constitutio à *Justiniano*, sicut ipse in initio profitetur, edita est, ut dotibus (quorum causa maxime est favorabilis) plenius consulere, nec tamen, ubi statuit retentionem propter impensas in res dotales factas non esse idoneam, de aliis quam utilibus impensis est intelligendum. De impensis vero necessariis quæ uti ipse ait, imminuant dotem, nihil statuit, sed juri pristino relinquit, quo marito licuit ob ejusmodi impensas res dotales retinere donec ipsi satisfiat, *l. 5. D. de impensis in res dotales.*

3. Compensationes, *inquit Justinianus*, in omnibus actionibus, ipso jure fieri sancimus & nostra constitutio, *inquit*, eas compensationes quæ apertè jure nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, Excepta sola depositi actione, cui aliquis compensationis nomine opponi satis iniquum esse credimus. *C. 4. 31. 14. I. 4. 6. S. 30.*

Resp. Quod iniquum censuit *Justinianus*, uti ipse ait, Ne prætextu compensationis depositarum rerum exactione quis defraudetur, cum vero justa, & manifesta

nifesta causa existit, propter quam compensatio, vel retentio admittatur, aliud statui potest.

4. Siquis, *inquit Idem*, vel pecunias, vel res alias per depositionis titulum acceperit, eas ei qui deposuit, volenti illico reddere, modis omnibus compellatur, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat, quasi quasdam, contra eum qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias prætendens, Cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa retentio ei generetur. C. 4. 34. II.

Resp. Quod *Justinianus*, in causa depositi rationem specialem addit; Ne contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur, & statuit, ut integra omni legitima ratione servata, depositæ res, vel pecuniæ prima fronte restituantur, Sed in retentione propter impensas necessarias, & manifestas nulla perfidiæ præsumptio, vel suspicio, esse potest. Et cessante ratione idem jus in deposito, quod in aliis contractibus, ex legitimo remedio, utpote rei detentione, servari potest.

De hac quæstione *Vinnius* ita statuit, Quod depositarius, si in rem depositam impensas tantum utiles fecerit, non possit rem depositam retinere, cum ad officium depositarii non pertineat, tales sumptus facere, nec possit contrario judicio petere, Cæterum si necessarias fecerit, id est, tales, quæ nisi factæ fuissent, res interiisset, aut deterior fieret, propter ejusmodi impensas, Depositario rei detentio sit concedenda, quod uti affirmat, *Placentinus*, *Cynus*, *Baldus*, & *Castrensis* tenent, *Donellus* vero contrarium asserit, scil. Quod in aliis contractibus, veluti commodati, & pignoris, si in rem commodatam, aut obligatam, sumptus fiant, placet commodatarium, & Creditorem eorum sumptuum nomine rei detentionem habere, per exceptionem doli mali, §. 59. D. de furtis. Sed à re deposita retentionem omnino removendam, quamvis depositarius sumptus

244 *Questionum Juris Civilis*

necessarios in eam fecerit. Quia de his sumptibus habet actionem in personam, nempe depositi contrariam, *l. 23. D. Deposit.* Vinnius vero sententiam affirmativam defendit. 1. Quia depositarius potest contrario judicio impensas petere, & obtinere, Quia quisque potest per retentionem servare, quod contrario judicio potest consequi, *l. 18. S. ult. D. Commodati.* 2. Quia id tacite actum videri debet, ut depositarius has impensas faciat cum futurum esset, ut sine his res periret, aut deterior fieret. 3. Quia impensae necessariae quodammodo rei partem constituent, & tantum de re in quam fiunt, detrudere videntur, quantum in ipsam impensum est, & proinde jus aliquod facienti in re tribuunt, *l. 38. D. de Petitione hereditatis, & l. 5. D. de impensis in rem dotalem factis.*

Vid. Symum, Baldum, Salicetum, & alios ad l. 11. C. Deposit. Donellum *ad eandem legem.* Vinnium, *lib. 1. quest. 51.*

Q U Æ S T. V.

An qui prior est in pignore, in jure potior sit habendus?

Quod sic,

1. **Q**uoties, inquit Hermogenianus, in utriusque causa, lucri ratio vertitur, is praefertendus est, cujus in lucro causa tempore praecessit, Ex quo desumpta videtur regula juris Canonici. Qui prior est tempore potior est in jure. *D. 50. 17. 98.*

2. Potior

2. Potior, *inquit Gaius*, est in pignore, qui prius pecuniam tradidit, & hypothecam accepit. D. 20.

4. 11.

3. Si Respub. *inquit Ulpianus*, pignus specialiter accepit, si postea Debitor fisco obligatus est, dicendum est, eam fisco præferri debere, Quia & privati præferuntur. D. 20. 4. 8.

4. Qui generaliter, *inquit Papinianus*, bona Debitoris pignori accepit, eo potior est cui postea prædium ex his bonis pignori datur, quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit. D. 20. 4. 2.

5. Titius, *inquit Scaevola*, Seia ob summam qua ex tutela ei condemnatus est, obligabat pignori omnia bona sua, quæ habebat, quæque habiturus esset; postea mutuatus à fisco pecuniam, pignori omnes res suas ei obligavit. Quæsitum est? An Seia præferenda sit fisco. Responsum nihil proponi cur non sit præferenda. D. 20. 4. 21.

6. Si decreto Prætoris, *inquit Antoninus Imp.* in possessionem fundi, ejus servandi gratia prius inducti estis, quam Adversarius vester, ejusdem fundi possessionem, in causam judicati occupaverat, jussu ejus qui sententiam exequabatur, tempore priores estis. Nam cum de pignore, utraque pars contendit, Prævalet jure, qui prævenit tempore. C. 8. 18. 2.

7. Diversis temporibus, *inquiunt Dioclet. & Maxim. Imp.* eadem re duobus jure pignoris obligata, eum qui data pecunia, prior pignus accepit potiozem haberi, certi, ac manifesti juris est, nec alias secundum Creditorem hujus pignoris distrahendi potestatem consequi, quam si priori Creditori, quantitas debita soluta fuerit. C. 8. 18. 7.

Quod non,

1. Si qui mihi obligaverat, *inquit Ulpianus*, quæ habet, habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea acquisita fisco potiozem esse

246 *Questionum Juris Civilis*

esse debere, *Papinianum* respondisse, Quod & constitutum est, Fiscus enim causam pignoris prævenit. *D. 49. 14. 28.*

Resp. Quod illa verba, *Cum fisco contraxerit*, non futuri, sed præteriti temporis contractum innuunt, ita ut sensus sit, cum fisco antea contraxerit; Et cum *Ulpianus* dicat prævenit fiscus pignoris causam, ostendit fiscum jure tantum privati uti, cui congruit quod constitutum dicitur, & habetur, *in l. 2. D. de jure fisci* ubi *Imperator*, Quamvis, inquit, ex causa dotis quondam vir tuus sit condemnatus, si tamen priusquam res ejus tibi obligaverat, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam prævenit, *ita Donellus.*

2. Si ex nummis Pupilli, inquit *idem Ulp.* res comparata fuerit, præferendus erit, etsi posterior sit. *D. 20. 4. 7.*

Resp. Quod hæc verba intelligenda sunt, de re à Tutore Pupilli nummis comparata, quæ res ex constitutione divorum fratrum, *in l. 6. C. de servo pignori dato*, etiam jure pignoris ei obligatur, unde etsi alius Creditor respectu temporis prior habeatur, Pupillus tamen respectu causæ, id est, Domini, posterior censetur, *ita Conmanus.*

3. Sancimus, inquit *Justinianus*, Mulieribus, pro dote cui tacitam hypothecam inesse donavimus, posteriora jura esse, contra omnes mariti Creditores, licet anterioris temporis privilegio vallati sint. *C. 8. 18. 12.*

Resp. Quod hoc specialiter à *Justiniano* in favorabili causâ dotis constitutum est, *Donellus* vero censet, hoc non ad omnes Creditores extendendum, sed ad eos tantum, qui talem hypothecam, qualem mulieres habent, id est tacitam, & privilegio legis alicujus indultam. Quia privilegium alicui lege tributum, Lege contraria ex causâ adimi potest, non ita jus hypothecæ quod Creditores suo jure, ex aperta conventionem obtinent.

4. Interdum

4. Interdum, *inquit Ulpianus*, posterior Creditor prior est priore, ut si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, Veluti si navis fuerit obligata, & ad eam reficiendam ego credidero. Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam, Quod poterit quis admittere, & si in navitarum cibaria creditum fuerit, sine quibus navis salva venire non potuit. *D. 20. 4. 5.*

Resp. Quod hoc receptum est, Quia sine prioris Creditoris præjudicio fit, quandoquidem, absque alterius pecunia, nullum omnino pignus haberet.

5. Impensæ funerariæ, *inquit Martianus*, semper ex hæreditate deducuntur, quæ etiam omne creditum solent præcedere, cum bona solvenda non sunt. Et in computatione Patrimonii, *inquit Justinianus*, licentiam damus excipere, & retinere, quicquid in funus quis expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectioem, vel in causas hæreditariæ necessarias, se persolvissæ apparuerit, In aliis temporum prærogativa inter Creditores servanda. *D. 11. 7. 45. C. 6. 30. 22. S. 9.*

Resp. Quod defuncti bona, quoad hujusmodi impensas, non sunt hypothecata, sed & ad earum satisfactionem, quod sufficit, hæredi conceditur, Aliorum vero Creditorum causa in eo deterior fit. Quia pro suis debitis ab hærede exigere possunt, ex eo tantum quod in defuncti hæreditate habetur, ex qua hujusmodi impensæ deducuntur.

6. A *Titio* mutuatus, *inquit Martianus*, pactus est cum illo, ut prædium suum pignori hypothecæve esset, Deinde idem à *Mevio* pecuniam mutuatus est, & pactus est cum eo, ut si prædium *Titio* obligari desierit, ipsi teneatur; Tertius deinde aliquis dat mutuum pecuniam, ut *Titio* solveret, & paciscitur ut idem prædium sibi pignori hypothecæve esset, & locum *Titio* subiret, &c. Hic tertius Creditor secundo præferendus est. *D. 20. 4. 12. S. 8.*

248 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod in hoc casu, secundo Creditori nullum sit praedictum, cum ex eo quod tertius in locum primi successit, ejus conditio non sit deterior, Quia pecunia à primo credita, non alias soluta esset, nisi Debitor concessisset ut tertius, qui solvit pecuniam, in ejus locum succederet.

7. Quamvis constet, *inquunt Severus, & Antoninus Impp.* quaedam specialiter, & universa bona generaliter, Adversarium tuum pignori accepisse, & aequale jus in omnibus habere. Jurisdictio tamen temperanda est, ideoque si certum sit, eum ex his quae nominatim pignori obligata erant, universum debitum redigere posse. Ea quae postea ex iisdem bonis, pignori accepisti, interim tibi non auferri Praeses provinciae jubebit. Quod contrarium videatur ei, quod *Papinianus* tradit in l. 2. D. Qui potiores in pignore. C. 8. 14. 2.

Resp. Quod *Papinianus* tradit verum est, Cum priori Creditori bona generaliter obligata sunt, & ex iis bonis postea aliquid secundo Creditori obligatur, quia priori obligationi posterior derogare non potest, nec minus verum est quod cum quaedam specialiter primo Creditori, deinde casu quo ea non sunt sufficient, eidem universa bona obligantur, cum ex bonis specialiter obligatis satisfieri potest secunda conventio de bonis universis alteri obligandis, id operari potest ut cum debito, ex bonis specialiter obligatis satisfiat, in bonis aliis locum habeat, non quod secundus Creditor potior sit priore, sed quia deficiente conditione, sub qua ceterae res generaliter obligantur, jam non priori, sed soli secundo Creditori obligatae intelliguntur.

Quod dicitur, *inquit Donellius*, Qui in pignore prior est tempore, potior est in jure, Rationi congruit, Nam si huc ab initio, ita pignori res data est, ut soles in ea jus pignoris habeat, sequitur, quod Debitor postea eandem rem alteri pignori dandò, prioris conditionem deteriore facere non potest.

potest. Jure vero potior sic accipiendus est, jure scilicet Creditoris, ut siue cum aliis agat, & hypothecam vindicet, præferendus sit, siue possideat, & cum eo agatur, Exceptione tutus sit, *l. 12. D. qui potiores.* Et nihil interest, Conventione inter Debitorem, & Creditorem, an Jure, res pignori esse cæperit, an pignus autoritate ac jussu magistratus, veluti Prætoris, captum fuerit, an ex causa Judicati addicatur, Sed nec illud dubitandum, quin is cui primo generaliter omnia bona sunt obligata, eo potior sit, cui postea aliquid ex iis bonis specialiter pignori datum est, non enim minus generali oratione res singulæ obligantur, quam si de singulis specialiter convenisset. Interdum tamen, ex ratione speciali, qui posterior est, potior habetur, utpote.

1. Si ex nummis Pupilli res fuerit comparata.
2. Si muliere de dote agente, controversia sit de pignore, cum aliis etiam anterioribus mariti Creditoribus.
3. Si alicujus Creditoris pecunia, factum sit, ut salva esset totius pignoris causa.

Vid. Glossam & DD. ad l. 98. D. de Reg. Juris Dynum & alios ad cap. 54. Extr. de Regulis Juris in 6. Connanum Comment. lib. 4. cap. 17. Donellum de pignoribus. Cap. Qui potiores Neguzanum de pignoribus parte 5. membr. 2.

QUÆST. VI.

*An qui ad rem reficiendam pecuniam credidit
in ea jus hypothecæ habeat?*

Quod sic,

1. **C**reditor, inquit *Ulpianus*, qui ob restitutionem ædificiorum pecuniam credidit, pecuniam quam credidit exigendi, privilegium habet. *D. 12. 1. 25.*

2. *Senatusconsulto*, inquit *Papinianus*, quod sub *Marco* Imperatore factum est, Pignus insulæ Creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi, mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, Domini mandato, nummos ministravit. *D. 20. 2. 1.*

3. *Papinianus*, inquit *Paulus*, respondit, Quod socius, qui socii cessantis, portionem insulæ restituerit, sortem cum usuris, intra quatuor menses, postquam opus resectum erit, recipere potest, & in exigendo privilegio utitur. *D. 17. 2. 52. S. 1.*

4. Novimus, inquit *Justinianus*, antiquioribus creditoribus, juniores existentes aliquas hypothecas habentes, præponi, ex privilegiis à legibus datis, quale est, quando aliquis propriis pecuniis procuraverit navem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsitan ædificare, aut etiam agrum emi, aut aliquid horum. In his enim omnibus priores existunt posteriores Creditores, quorum pecuniis empta, aut renovata res est, iis etiam qui multo antiquiores sunt. *N. 97. c. 3.*

Quod non,

Quia qui ad navem reficiendam credidit, in ea hypothecam non habet.

1. Omnes obligationes, inquit Gaius, aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure, &c. & proinde, omnis hypotheca aut conventionem expressa, aut certa lege tacite constituitur. De navi vero, aliena pecunia refecta hypothecæ obliganda in titulis *D. G. c. eod.* Quibus modis pignus tacite contrahitur, nihil apparet. *D. 44. 7. 4.*

Resp. Quod tacita hypotheca constitui potest, etsi nulla certa lege sit introducta, sed ex eo quod usu communi receptum est, ita Neratius. Eo jure, inquit, utimur, ut quæ in prædia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit, *l. 4. D. ex quibus causis pignus tacite contrahitur*, & quod ex præsumpta voluntate contrahentium, hypotheca constitui potest. Quia conventiones, inquit Idem, tacitæ valent, placet in urbanis habitationibus locandis, in vecta, illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. D. de Pactis.*

2. Quod contra rationem juris receptum est, inquit Paulus, ad consequentias non est producendum. Quod vero senatusconsulto de ædificio alienis pecuniis restituto pignori obligando, constitutum est, est contra regulas juris communis, & proinde non ad refectionem navium extendendum. *D. 1. 3. 14.*

Resp. Quod senatusconsultum, de eo qui ad domum reficiendam domino pecuniam credidit, Papi-
nianus, extendit ad eum, qui Redemptori (id est, ei qui pro domino refectionem domus in se suscepit) credidit, quia est eadem ratio credendi Domino, & credendi Redemptori, ad usum domus reficiendæ, Nec si ab eo qui credidit ad refectionem domus, ad eum qui credidit ad refectionem navis extensio fiat, inepta, aut iniqua est habenda. Quia quoties lege aliqua unum, vel alterum introductum est, bona occasio est cætera quæ ad eandem utilitatem tendunt, vel interpretatione, vel jurisdictione supplere.

252 *Questionum Juris Civilis*

3. Lex 12 tabularum, *inquit Ulpianus*, Tignum furtivum ædibus junctum, neque tollere, nec vindicare permittit, ne sub hoc prætextu ædificia diruantur, & ea quæ ædibus juncta sunt, *inquit Idem*, legari non possunt, quia hæc legari non posse senatus censuit, & edicto *Vespasiani* veritum est, Negotiandi causa ædificia demoliri, ne urbis aspectus publicus deformetur, Quæ in favorem ædificiorum constituta sunt, cum nihil ejusmodi respectu Navium, aut rerum aliarum cautum sit. *D. 47. 3. 1.*

Resp. Quod Navium etiam ædificandarum, & reficiendarum non levis ratio habenda est, cum Navium exercitio ad summam reipublicæ pertineat, *l. 1. S. 20. D. de Exercitoria actione.* Sed in constituendo jure pignoris, sive hypothecæ, non tam considerandum est, quid publice, quam quod privatum singulorum interest, Ne aliqui dum aliorum commoda procurant, rerum suarum periculum faciant, unde credibile est quod qui suis impensis rem alterius restituit, meliori modo quo potest sibi consulere velle, id est, rem ipsam potius, quam personam Domini, obligatam habere, Quia plus cautionis in re est quam in persona, *l. 106. D. de Reg. Juris.*

4. Quamvis ex pecunia, *inquiunt Dioclet. & Maximianus*, quam à te frater tuus accepit, prædium comparavit, nisi tamen specialiter, vel generaliter hoc tibi obligavit, tuæ pecuniæ numeratio in causam pignoris non deducit. *C. 8. 14. 17.*

Resp. Quod ad pignus constituendum, minus est rem comparare, quam restituere, & salvam facere, Nam is qui ad rem comparandam, vel emendam, pecuniam credidit in ea nihil juris habere potuit, quia prius in emptoris dominio, ex quo obligaretur, non erat, sed cum res, quæ in alicujus dominio erat, impensis alterius resecta, salva sit, ex rei ipsius conservatione, sine expressa Domini conventionione, obligari potest, *ita Antonius Faber definit. 10. C. Quod inter in pignore.*

5. Qui navem, inquit *Paulus*, extruendam, vel instruendam, vel etiam emendam credidit privilegium habet, id est, uti interpretatur *Connanus*, præ aliis Creditoribus, jus exigendi habet non autem jus hypothecæ, Jus seu privilegium exigendi est, ex quo post judicium ex actione personali, cum universa bona Creditoribus exponuntur, alii aliis satisfactionis ordine præferuntur, cum omnibus bona non sufficiunt. Jus vero hypothecæ est, ex quo Creditor rem ipsam persequendi, & si debitum solutum non fuerit, distrahendi potestatem habet. D. 42. 5, 26.

Resp. Quod non sequitur, Quia privilegium exigendi habet, ideo jus hypothecæ non habeat, Nam qui ob restitutionem ædificiorum pecuniam credidit, exigendi privilegium habet, l. 25. D. de rebus creditis, nec minus ex senatusconsulto, jus etiam hypothecæ habet, l. 1. D. Ex quibus causis pignus, &c. Et cum is qui in rem hypothecam habet, possit & in personam, & in rem agere, Si in personam agat, respectu aliorum privilegium habet, ratione temporis tantum, si in rem agat habet privilegium ratione causæ, etsi tempore sit posterior.

6. Quod quis, inquit *Martianus*, Navis fabricandæ, vel armandæ, vel instruendæ, vel emendæ causâ, vel quoquo modo crediderit, habet privilegium post fiscum, ex quo *Connanus* infert, quod hypothecam non habet, quia qui hypothecam habet, etiam fisco præfertur. D. 42. 5, 34.

Resp. Quod *Accursius* hoc intelligit de personali actione, in qua fiscus sive antea, sive postea contraxit, præfertur privato, qui in refectionem credidit, In reali vero, in jure etiam fisco præfertur qui prior est tempore, & observandum, Quod *Martianus* dicit, qui crediderit simpliciter, non qui prius crediderit, ita ut intelligi possit privilegium post fiscum cum quo Dominus navis prius contraxit quemadmodum in l. 2. C. de Privilegio fisci, ubi

Antoninus

254 *Questionum Juris Civilis*

Antoninus Imperator, de bonis ex causa dotis mariti condemnatis, quo casu dubitandum non erat quin mulier in bonis mariti hypothecam habuerit.

Quod qui in rem aliquam, etiam navem, reficiendam, pecuniam credidit, in ea jus hypothecae habeat tenuerunt ex antiquis *Azo*, & *Accursius*, qui hujusmodi Creditori, tria privilegia competere affirmat.

1. Quod in personalibus actionibus aliis praefertur, id est, prius exigendi potestatem habet. 2. Quod in re jus pignoris, sive tacitae hypothecae habet. 3. Quod praefertur aliis Creditoribus, etiam expressam hypothecam habentibus, quam sententiam, *Bartolus* etiam, & *Salicetus* sequuntur, Ex recentioribus, *Covarruvias*, *Costalius*, *Neguzanus*, *Gail*, *Myensingerus*, & *Siraccha* de nautis & navibus. Pro contraria sententia quod qui ad rei alterius praeterquam domus sive aedificii, utpote navis, refectio- nem pecuniam credidit in ea jus hypothecae non habet recensentur, Authores primarii *Connanus*, & *Donellus*, *Connanus* movetur praecipue autoritate, l. 34. D. de rebus autoritate judicis possidendis, de qua in argumento 6. & ad id responsione supra agitur, *Donellus* dissentit; Quia si qui ad navem reficiendam credidit hypothecam haberet ex, l. 26. D. eod. eam etiam haberet, qui ad navem emendam credidit, quod falsum ait, sed non in ea lege jus hypothecae fundatum, sed non destructum defenditur, Idem, Quod *Ulpianus* dicit eum qui in navem reficiendam credidit potiorum esse, l. 5. & 6. D. Qui potiores, intelligendum ait, si navis eidem expresse sit obligata, Neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori, sed quis ex iis quibus diversis temporibus obligata est, sit potior, sed *Ulpianus* loquitur de navi alteri obligata, alterius expensis postea refecta, ex qua refectio- ne, nisi is qui refecisset jus pignoris consecutus fuisset, inepte fortassis *Ulpianus* dixisset eum qui in ejus refectio- nem credidit etsi tempore posteriorem, jure tamen potiorum

potiorem fuisse. Connani, & Donelli sententiam, sequuntur Hunnius, Bronchurstus, Locenius præcipue Vinnius qui ait sæpe ita decisum in Curiis Hollandicis, Locenius vero fatetur, Jure Hambergensi in hoc casu jus tacitæ hypothecæ concedi, & nos in Curia Admiralitatis Angliæ sæpius idem admittum novimus.

Vid. Pro parte affirmativæ Glossam, Bartolum Salicetum ad l. 5. C. Qui potiores in pignore, Covarruviam. 1. Resolut. cap. 7. nu. 3. Neguzanum de pignoribus. pag. 5. in 2. nu. 10. Gail, Observat. 2. cap. 12. nu. 4. Mynsing. 1. Observat. 60. nu. 5. Straccham de Navibus. p. 5. l. ult.

Pro parte negativæ Connanum Comment. lib. 4. cap. 17. Donellum Tractat. de pignoribus cap. Quibus modis Hunnium lib. 3. tr. 3. pag. 5. 9. 6. Bronchurstum, cent. 2. assert. 77. Locenium de Jure Navali. l. 3. c. 2. Vinnium, lib. 2. quest. 41.

QUÆST. VII.

*An emptionem venditionem, &c. contrahentibus
liceat in pretio se invicem circumvenire?*

Quod sic,

1. **P**omponius ait, *inquit Ulpianus*, in pretio emptionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus, se circumvenire. D. 4. 4. 16. S. 4.

2. Quemadmodum, *inquit Paulus*, in emendo, & vendendo concessum est, quod plaris sit minoris emere, & quod minoris sit, plaris vendere; Idem quoque in locationibus, & conductionibus se invicem circumscribere juris est. D. 19. 2, 22.

3. Res, *inquit idem*, bona fide vendita propter minimam causam, inempta fieri non debet. D. 18. 1, 58.

4. Hoc solum, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* quod fundum paulo minore pretio venditum significas, ad rescindendam venditionem, invalidum est. Quod si videlicet & emptionis & venditionis substantiam cogitasses, & quod emptor viliori comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedunt, vixque, post multas contentiones, venditore paulatim de eo quod petierat detrahente, Emptore autem huic quod obtulerat addente, ad pretium certum consentiunt, profecto perspiceres, neque bonam fidem, quæ emptionis & venditionis conventionem tuctur pati, neque ullam rationem concedere, contractum consensu finitum, propter hoc rescindi. C. 4. 44, 8.

5. Non est probabilis causa, *inquiunt iidem Imp.* propter quam consensu factam venditionem rescindi desideras.

desideras. Quamvis enim duplex pretium emptori offeras, tamen ad rescindendam venditionem invitus urgeri non debet. *C. 4. 44, 6.*

6. Si hæres institutus, *inquit Paulus*, eam hæreditatem quæ solvenda non est, vendiderit, vera ratione legatariis nihil debebitur, quia ex stultitia emptoris hæres magis habere videtur, quam ex bonis defuncti. Nam è contrario, si res hæreditarias male vendiderit, non erit Legatariorum detrimentum. *D. 35, 2, 3.*

Quod non,

1. Si quis, *inquit Ulpianus*, affirmaverit hæreditatem esse minimam, & ita eam ab hærede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat, scilicet ad rescindendam venditionem, vel quanti interest, *D. 4. 3, 9. ad de l. 13. S. 4. D. de Acti. Empti.*

Resp. Quod aliud est in pretio, vel rei æstimatione decipere, aliud in re ipsa, ejusve quantitate, vel qualitate, illud sine dolo fieri potest, hoc non potest, & quamvis dolo fiat, actione ex vendito rescindi debet, Quia cum ex alia actione remedium competit, actio de dolo, quæ infamiam irrogat, non datur.

2. Cum Terentius Victor, *inquit Ulpianus*, decessisset, fratre suo hærede relicto, & Villicus res quasdam, & instrumenta, & mancipia ex hæreditate subtraxisset, quasi quibusdam rebus subtractis minimo valeret hæreditas, ut sibi venderetur, Quæritur, an venditi judicio teneri possit? *Julianus* respondit, actionem ex vendito in tantum competere, quanto plus hæreditas valeret, si hæ res subtractæ non fuissent. *D. 17. 1, 13.*

Resp. Quod in hoc casu, etiam dolus est commissus, circa res ipsas vendendas, earum scil. subtractio, quamvis in eum finem, ut pretium earum minueretur, ex quo juste in eum qui commisit ut minoris emeretur, datur actio, quanti interfuit, quia nemo ex dolo suo, sibi prodesse, aut alteri obesse debet.

3. Si dolo Adversarii, *inquiunt Diocletian. & Maxim.*

258 *Quaestionum Juris Civilis*

Maxim. te deceptum, prædii venditionem Praeses Provinciae aditus animadverterit, Sciens Dolum contrarium esse bonæ fidei, quæ in hujusmodi contractibus maxime exigitur, venditionem rescindi jubebit.

Resp. Quod in hoc rescripto, Impp. expresse respectu Doli venditionem rescindendam decreverunt non habita ratione circumventionis in pretio, sed quod venditor Dolo inductus fuit ad vendendum, cum aliter vendere in animo non haberet, quo casu venditio est ipso jure nulla, & pro nulla rescindenda, vel delatanda habebatur.

4. Si rem majoris pretii, *inquiunt iidem Impp.* tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel te emptoribus pretium restituente, autoritate judicis intercedente, fundum venditum recipias, vel si emptor elegerit, id quod justo pretio deest, recipias. *D. 4. 44, 2.*

Resp. Quod Impp. hoc humanum, id est, æquum censuerunt, sed non aliter, quam prout in eodem rescripto declaratur, nisi minus dimidia parte pretii solum fuerit, quo casu, propter immodicam læsionem venditori subveniendum statuerunt.

5. Qui ignoravit servum furem esse, *inquit Ulpianus*, asseveravit tamen fidum, & bonæ frugis, ut caro venderet, videamus, an ex empto teneatur, & puto eum teneri. *D. 19. 1, 13.*

Resp. Quod etsi ignoravit furem esse, & proinde Dolo non fecit, quæ ignoravit tamen, *inquit Ulpianus*, non debuit facile asseverare, quod lata culpa fuit & Dolo proxime accedit, unde etiam actione ex empto teneri potuit.

6. Si in dote danda, *inquit Ulpianus*, alterum circumventus sit, etiam majori viginti quinque annis succurritur, Quia bono & æquo non convenit, aut læsari aliquem cum alterius damno, aut damnum sentire per alterius lucrum. *D. 23. 3, 7.*

Resp.

Resp. Quod in negotiatione, veluti in emptione, venditione, locatione, & conductione contrahentibus licet se circumvenire, Quia hujusmodi commercia, sine difficultate exerceri, non minus ad utilitatem publicam, quam privatam conducit. Quæ vero inter conjuges, circa dotes aguntur, non pro negotiatione habenda sunt, sed dotes ad onera matrimonii sustinenda, & ad uxorum subsidia perpetua comparantur, & proinde tam marito, quam uxori in rei Dotalis æstimatione deceptis, subvenitur. *l. 6. C. Solutio matrimonio.*

Augustinus Morla, Quod dicitur naturaliter licere contrahentes in pretio se circumvenire, intelligendum, ait de jure gentium, quo emptiones, & conductiones introductæ sunt, & licentiæ, sive permissionis rationem fuisse, ne ex nimia æqualitatis observatione, Commercium impedirentur *Connanus & Pinellus* censent, ante rescriptum *Dioclet. & Maxim.* in *l. 2. C. de rescindenda venditione*, in deceptione pretii quantumcumque permissam fuisse, *Covarruvius* vero censet, ad summam duntaxat modicam, licitam fuisse, intra justam scilicet, etsi non verum pretium, ut cum verum pretium sit centum, justum sit, quod paulum excedit, ut quinque ultra centum, & quod paulum deficit ut quinque intra centum, intra quos terminos, etsi pretium non verum, justum tamen æstimari potest, quia non multum iniqui habet. Quod si ultra hanc latitudinem deceptio intervenierit, centet naturaliter, & jure gentium licitam non videri, Quod *Imp. Dioclet.* de dimidia parte pro Jure Civili statuerunt, ait iniquum non esse, Qui ut venditoribus rem venditam retrahere, ita emptoribus permittitur quod justo pretio deest addere.

Vid. Glossam & DD. ad l. 16. S. 4. D. de Minoribus Morlam, tit. 9. q. 8. Bronchurstus, cent. 2. assert. 52. Connanum Comment. lib. 7. cap. 9. Pinellum ad l. 2. C. de rescind. venditione.

260 *Questionum Juris Civilis*

ditione Covarruviam variarum resoluti,
lib. 2. cap. 3.

Q U Æ S T. VIII.

*An Conductor qui intra tempus Conductionis sevit,
finito tempore fructus percipere possit ?*

Quod sic,

1. **I**N negotiis, inquit Pomponius, conditionem
cujusque temporis, ab initio spectandum esse.
Quid enim si Pupilli negotia gerere coeperim
& inter moras, pubes factus fir. D. 3. 5, 15.

2. Fructuum, inquit Ulpianus, toto tempore quo
curantur non quo percipiuntur rationem accipere de-
bemus. D. 24. 3, 7. S, 7.

3. In fundo alieno, inquit Celsus, quem impru-
dens emerat consecrasti, deinde evincitur, sufficit tibi
permitti tollere quæ possis, ita dum ne deterior sit
fundus, quam si initio severis.

4. Qui ad certum tempus conduxit, inquit Ulpia-
nus, finito quoque tempore Colonus est, Intelligi-
tur enim Dominus cum patitur eum in fundo esse,
ex integro locare, ita & qui sciens conductorem se-
rere permittit, eundem metere permittere intelli-
gi potest. D. 19. 2. 14.

5. Defuncta fructuaria in mense Decembri, inquit
Scevola, jam mense Octobris omnibus fructibus,
qui in his agris nascuntur per Colonum sublatis,
quæsitum est, utrum pensio hæredi fructuariæ solvi
deberet, quamvis fructuaria, ante Calendas Martias,
quibus pensiones inferri debent, decesserit, an divi-
di debeat inter hæredem fructuariæ, & rempub. cui
proprietas Legata est, Responsum. Rempublicam
quidem cum Colono nullam actionem habere fru-
ctuariae

Æturiæ vero hæredem, suo die pensionem integram percepturam, Ergo si Pensio quæ est fructus Civilis, fructus etiam naturalis non receptus, ad hæredem pertinet. *D. 7. 1. 58.*

6. Si vassallus decedat, sine hærede masculino, *inquit Author Feudorum*, Post Calendas Martias, usque ad Augustum, omnes fructus qui interim percipiuntur, ad hæredes vassalli pertinent, quamvis vassallo sine hærede masculino decedente, ipsum feudum ad Dominum revertitur, *F. 2. 28, 4.*

Quod non,

1. Cum eo die, *inquiunt Carus & Carinus Impp.* quo Præses Provinciæ præcepit, Judex ab eo datus non pronunciavit, sed productis diebus alieniori tempore sententiam dixerit, præses Provinciæ ex integro inter vos cognosceret, ex quo inferitur, quod quæ ad tempus conceduntur, finito tempore non permittuntur. *C. 7. 64. 6.*

Resp. Quod potestas Judicandi, est Juris publici, & privatis non ultra permittitur, quam à publica autoritate mandatam habent, non est eadem ratio eorum quæ à personis privatis, aliis personis privatis cceduntur, cum ex tacita voluntate, aliud præsumi potest.

2. Etsi ad tempus, *inquit Paulus*, obligatio constitui non potest, post tempus Stipulator vel Pacti conventi, vel Doli exceptione submovebitur, Is enim qui ad tempus stipulatur, videtur tacite pacisci ne post illud tempus petat. *D. 44. 7. 44.*

Resp. Quod Stipulationes, & Obligationes verborum, sunt stricti juris, & proinde, quod in iis convenit excedi non debet, Contractus vero locationis, & conductionis est Juris gentium, & bonæ fidei, quæ admittit, quod ex bono, & æquo fieri oportet.

3. Cum

262 *Questionum Juris Civilis*

3. Cum quinquennium, *inquit Calistratus*, quo quis pro publico conductore se obligavit excessit, sequentis temporis nomine non tenetur, & Conductores invitos, *inquit Philippus Imp.* seu eorum haeredes, post tempora locationis impleta, non esse retinendos, saepius rescriptum est, Ergo post tempus finitum nec Locator obligatus habendus est. *D. 49. 14. 3. S. 6 C. 4. 65. 11.*

Resp. Quod Conductionis tempore finito, nec Conductor in conductione manere cogendus est, nec ejus Fide-jussor ulterius obligatur, sed si intra tempus Conductionis, aliquid actum sit, quod postea Locatori obesse potest, ex eo utriusque obligatio manere potest & si intra tempus Conductionis aliquid actum sit quod sine incommodo Locatoris, postea in commodum Conductoris cedere potest, id percipere Conductor denegandus non est.

4. Ne cui liceat *inquit Zeno Imp.* qui domum alienam, vel locum, nomine Conductionis accepit, alteri qui postea ad eandem Conductionem cum voluntate Domini accessit, litem inferre, sed parere debet Dominis, facultas domos suas vel loca sua cuilibet locandi, Ergo & priori Conductori auferendi, *C. 4. 65. 32.*

Resp. Quod finito tempore Conductionis Dominis libera est facultas domos, vel loca sua cuilibet locandi, sed quatenus sua sunt, & eorum interest, sine prioris conductoris praedjudicio, cui fructus quos sevit, si quod Domini interest paratus sit solvere, percipere denegari non debet.

5. In fundo alieno, *inquit Celsus* quem imprudens emeris, aedificasti, aut consecristi, deinde evincitur si paratus est Dominus tantum dare, quantum rebus ablatis Possessor habiturus est, fiat ei potestas, Ne malitiis hominum indulgeatur. *D. 6. 1. 38.*

Resp. Quod prout tradit *Bartolus* haec pars legis referenda est solum ad aedificata, non ad facta, seu seminata, sed de iis intelligendum quod in eadem lege

lege
nem
nata
indu

6.

gis co
ex qu

Re

sus se
in fun

serit,

ratio

Condu

mentu

jure no

ciendo

7.

tum ex

piuntur

pars an

frisse di

Solutio

Resp.

questio

mortem

cui testa

qui inte

reverar

die Lega

& fructu

provenie

magis,

as jacer

monio.

um ad m

noxorem,

pantur,

rat.

lege præscribitur, si Possessor dominum fundi indem-
nem præstare paratus sit, posse eum sata & semi-
nata tollere, eadem ratione, Ne malitiis hominum
indulgeatur.

6. In percipiendis fructibus, *inquit Julianus*, ma-
gis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis,
ex quo oriuntur respicitur. *D. 22. 1. 25.*

Resp. Quod hoc verum est prout in eadem lege ca-
sus se habet, id est, quando quis in fundo alieno, vel
in fundo quem alius bona fide possidet, frumentum
serit, cum in eo fundo nullum omnino jus habet ex quo
ratio est cur fructus fundi conditionem sequantur;
Conductor vero qui ante Conductionem finitam fru-
mentum sevit, aliquod in fundo jus habuit, & ex eo
jure non minus ratione fundi, quam seminis fructus per-
cipiendi jus habet.

7. Fructus, *inquit Modestinus*, qui post acqui-
situm ex causa fidei commissi dominium, ex terra per-
cipiuntur, ad fidei commissarium pertinent, licet major
pars anni ante diem fidei commissi cedentem, præte-
riisse dicatur, contra id quod traditur in *l. 7. S. 7. D.*
Solutio Matrimonio. D. de usuris. l. 42.

Resp. Quod in *l. 42. D. de usuris & fructibus*,
quæstio est inter hæredem, qui longo tempore post
mortem testatoris hæreditatem adiit, & Legatarium
cui testator fundum certo die dedit, de fructibus, scil.
qui inter mortem testatoris, & hæredis aditionem ex-
treverant, & responderetur ad Legatarium pertinere, quia
die Legati cedente fundi dominium ad eum pertinebat,
& fructus dominium sequantur, ad quos in re legata
provenientes, hæres nihil juris prætereundere potuit, eo
magis, quod interim donec hæres adiit, ipsa hæredi-
tas jacens erat, in lege vero, *7. S. 7 D. Solutio matri-*
monio. Fructus tempore quo curabantur, ante divorti-
um ad maritum pertinebant, & quo percipiebantur ad
uxorem, & ideo magis temporis totius, quo cura-
bantur, quam ejus quo percipiebantur, ratio habenda
erat.

264 *Questionum Juris Civilis*

8. Si Usufructuarius, *inquit Ulpianus*, locaverit Fundum in quinquennium & decesserit, hæres ejus non tenetur, ut frui præstet, Et si Conductor sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus, quæsitum est an recipiet? & *Marcellus ait*, non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere potuit; multo magis Conductori imputandum, quod certo eveniturum scivit. *D. 19. 2. 9.*

Resp. Quod cum quis conducit fundum ab Usufructuario, ignorare non potest conditionem suam à Locatoris conditione pendere. Aliud est cum quis à Domino conducit, prout sequitur in eadem lege. Si non & fructuarius sed ut Dominus locavit, fructus restituere tenebitur, quia Conductorem decepit, cum Dominus id præstare potuit, quod usufructuarius non potuit.

9. Is *inquit Justinianus*, ad quem ususfructus pertinet, non aliter fructuum Dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit, & ideo licet maturis fructibus decesserit, ad hæredem ejus non pertinent sed Domino proprietatis acquiruntur, eadem fere de Colono dicuntur, *l. 2. 1, S. 36. D. de annuis legat. l. 8. similiter.*

Resp. Quod *Justinianus* cum dicat idem fere de Colono, videtur agnoscere, quod sit aliquid diversum inter Usufructuarium & Colonom, Quod Jus Usufructuarii à perceptione fructuum incipiat, & omnino pendet, Jus vero Coloni, vel Conductoris fundatur in jure Possessoris nec ut jus Fructuarii cum eo moritur, sed ad hæredes transmittitur, si Colonus intra tempus locationis decesserit, *Instit. de Locato S. ult.*

1. Si vassallus decedat, *inquit Author feudorum* quidam dicunt, fructus pendentes ad Dominum feudum pertinere.

Resp. Quod hæc Opinio niti videtur exemplum Usufructuarii, cujus respectu fructus æstimantur præsentis jure, quod in solo habet, tanquam ejus accedat

accessorium. Aliud vero est in Conductore cujus jus non à Conditione fundi sed à Jure possessoris æstimatur.

Bartolus de hac quæstione. 1. Pro jure Locatoris. 2. Pro jure Conductoris. 3. Pro jure utriusque arguit. Quod fructus pro rata temporis, & quantitate mercedis dividi debeant, tandem vero sic concludit, Quod aut apparet, quid de prædictis fructibus, inter contrahentes expresse convenit, & illud omnino servari debet, aut non apparet quid actum sit, & inspicere debet, quæ sit consuetudo Regionis, si neutrum appareat, quid videtur verisimilius, habito respectu ad qualitatem fructuum, & quantitatem mercedis, sive pensionis. *Hartmannus Pistor*, qui accuratius quam alii de fructibus tractat, ita statuit. Quod aut agitur de fructibus prædiorum allodialium, quæ sunt liberi cujusque patrimonii aut prædiorum feudalium, quæ Vasalli à Dominis, certis, & distinctis conditionibus obtinent. Eorum quæ sunt prioris generis, *inquit*, secundum jus Civile ratio habetur, 1. Quatenus prædiorum fructus habentur pars fundi, & eodem jure censentur, & in fructibus pendentibus locum habet, ideoque cum ipso fundo transeunt ad novum possessorem. 2. Quatenus ex perceptione sola competunt, ut qui sunt Usufructuarii, & non aliter quam per usum, & perceptionem acquiruntur. 3. Quatenus ab ipso fundo, fructuum separata ratio habetur, & à jure possessoris æstimantur, sive pendentes, sive percepti fuerint, & pro rata temporis inter possessorem, & fundi dominum sunt dividendi. Deinde quoad fructus qui ex prædiis Feudalibus proveniunt, id observandum censet quod in *lib. 2. feudorum, tit. 8. cap. 4.* definitum est, Et quamvis eam Consuetudinem minus rationabilem *Cujacius*, *Molinaus* & *Hotofredus* asserunt, *Hotomannus*, & *Vultei*, qui amplius auctores suæ opinionis recenset, strenue defendunt.

266 *Quaestionum Juris Civilis*

*Vid. Bartolum, Quaestionum singularium, quaest. 2.
Cujacium ad lib. feud. 4. tit. 30. Gotofredum ibid.
Hartmannum Pistorem Quaest. 24.*

QUÆST. IX.

*An in Contractu societatis Conventio de Lu-
cro & damno communicando, inæqua-
lis sit admittenda?*

Quod non,

I **D**E illa conventione, inquit *Justinianus*, quæ-
tum est, Si *Titius*, & *Seius* inter se pacti sunt
ut ad *Titium* lucri duæ partes pertineant,
damni tertia, ad *Seium* duæ partes damni, lucri ter-
tia, an Conventio rata haberi debeat? *Quintus Mutius*
talem pactionem contra naturam societatis existimavit
& ob id ratam non habendam, I. 3. 25. S. 2. l. 30. D.
pro socio similiter.

2. *Aristo*, inquit *Ulpianus*, refert, *Cassium* respon-
disse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum
tantum, alter damnum sentiret, & hanc societatem
Leoninam solitam appellari, & nos, inquit consensimus
talem societatem nullam esse, ut alter lucrum senti-
ret, alter vero nullum lucrum sed damnum sentiret, le-
quissimum enim genus societatis est, ex qua quis dam-
num, non etiam lucrum speret, D. 17. 2, 29. S. 2.

3. Quod ex furto, inquit *Papinianus*, vel ex alio
maleficio quaesitum est, in societatem conferri non
oportet, Quia Delictorum turpis, & fæda est commu-
nio. Plane si in medium collata sint, commune
est, æquale lucrum erit. D. 17. 2, 35.

4. Donationis causa, inquit *Ulpianus*, societas re-
non contrahitur, D. 17. 2, 5. in fine.

5. Cum in societatis contractibus, inquit *Di-
clet. & Maxim.* bona fides exuberet, convenientia
æquitatis rationibus, etiam compendia, inter socie-
tates æqualiter dividi. Præses provinciarum, si patrem tuum
Sali-

salinarum societatem participasse, & c communis com-
mendii portione non recepta, rebus humanis exemplum
esse, perspexerit, commodum societatis, quod juxta
veri fidem tibi deberi constiterit, restitui tibi præcipi-
tur. C. 4. 37. 3.

Quod sic,

1. Si quid, *inquit Ulpianus*, nominatim convenit,
vel plus, vel minus, hoc in singulis contractibus servabi-
tur quod initio convenit, Legem enim contractui dedit.

D. 5. 17. 23.

Resp. Quod licet alias pacta præter Naturam con-
tractus servantur, non idem in contractu societatis obti-
net, Quia Societas ius fraternitatis habet, *ita glossa ad*
29. D. pro socio.

2. Voluntates legitimæ contrahentium, *inquit*
Justinianus, circa societatem omnimodo conservandæ
sunt. C. 4. 37. 6. *in fine.*

Resp. Quod *Justinianus* ibi loquitur de societate
contracta sub conditione, de qua etsi apud veteres
habitatum erat, Ipse tamen ita societatem contrahi
se constituit, quia in eo voluntas contrahentium
nil juri derogat, secus est si qui voluerint ut contra
societatis naturam, societas contrahatur.

3. Si nihil, *inquit idem*, de partibus lucri, & dam-
ni convenierit, æquales partes & in lucro, & in dam-
ni spectantur, Quod si partes expressæ fuerint, hæ
servandæ sunt. I. 3. 25. S. 1.

Resp. Quod partes inæquales expresse constitui pos-
sunt, & servari debent, cum socii inæqualia in socie-
tate conferunt, quod innuere videtur id quod sequitur,
quod conveniri potest, ut ad unum duæ partes lucri, &
omni pertineant, ad alium tertia, id est uti interpreta-
tur *Papianus ex l. 6. D. eod.* cum unus duplum, alius di-
midium in societatem confert.

De illa conventionione, *inquit idem*, si *Titius*, &
Seius inter se pacti sunt, ut ad *Titium* lucri duæ partes
pertineant, damni tertia, ad *Seium* duæ partes damni,
& tertia &c, *Servius Sulpitius* contra *Quintum Mu-*

268 *Questionum Juris Civilis*

tiuum ratum habendum sensit cujus sententia praevaluit.
I. 3. 25. S. 2.

Resp. Quod *Servius Sulpitius*, *Quinti Mutii* sententiam, Pactionem, ut alteri plus lucri, alteri plus damni inferat, societatis naturæ contrariam esse, non improbat, quando à Sociis pecunia in societatem æqualiter confertur, sed existimat non verum esse in omni societate, utpote ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert, ita enim intelligere videtur *Justinianus*, cum pro ratione dicat, Quod scæpe quorundam in pretiosa est opera, ut justum sit, eos meliori conditione in societate esse.

5. Adeo, inquit *Justinianus*, *Sulpitii* sententia contra *Mutii* sententiam obtinuit, ut illud constiterit, posse convenire, ut quis partem lucri ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum convenienter fieri, *Servius* existimavit. I. 3. 25. S. 2.

Resp. Quod prout refert *Ulpianus*, in l. 29, S. 1. *D. pro socio*, *Cassius* putat societatem ita constitui posse, ut alter nullam damni partem sentiat, lucrum vero sit commune, quod ita demum, inquit valebit, ut & *Sabinus* scribit, si tanti sit opera, quam damnum est, plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia, utpote si solus naviget, si solus peregrinetur, si solus periculum subeat.

6. Si Societatem tecum coieris, inquit *Pomponius*, ea conditione, ut partes constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est, & conveniens est arbitrio boni viri, ut non ex æquis partibus socii sumantur. Si *Nerva* constituisset, inquit *Proculus*, ut alter ex millesima, alter ex duabus millesimis partibus socii esset, illud potest conveniens esse arbitrio boni viri &c. *D. 17. 2. 6. D. 17. 2. 80.*

Resp. Quod in utraque lege sequitur, si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ in societatem collaturus erat, Et si enim partes eadem non sunt, possunt tamen

æqualiter

æquales, respectu ejus quod in societatem conferitur.

De hac quæstione sicut inter veteres Juris Romani prudentes, à *Quinto Mutio*, *Servius Sulpicius* dissensisse dicitur, ita inter antiquiores Juris Civilis interpretes, *Azoni*, cum præceptore suo *Johanne*, non bene convenit. *Johannes* enim, uti refert *Accursus*, affirmavit quod pactum de inæqualibus partibus lucri, inter eos qui ad Societatem æqualiter conferunt, valet, id vero *Azo* negabat, *Azonis* opinionem veriorum *Accursus* censuit, Sed & recentiores juris authores, diversimode statuerunt, *Donellus* ita censet, si de partibus lucri & damni nihil aperte convenit, æquales partes servandas esse, si vero convenit ut inæquales partes essent, distinguit, primum convenit, ut unus plus lucri ferret, an ut solus lucrum ferret, si ut unus plus lucri ferret, conventionem etiam servandam ait, sed hac lege, dum scilicet in societatem plus conferat, vel pecuniæ, vel operæ, vel alicujus alterius rei ratione; Quod si convenit ut alter solus lucrum ferret, alter vero solus damnum ferat hujusmodi ait conventio facit ut nulla omnino sit societas, & ita cum veteri juris prudentia, & in meliori interpretum sententia congruit, *Mantica* vero censet, quod cum partes sint æquales pacisci liceat, ut contributio sit inæqualis, inæqualitas eorum quæ sunt collata, contrahentibus non sit incognita, ut qui plus contulerit, deceptus dici non possit, sed magis voluisse id donari, hanc enim liberalitas conferentis, Pacti iniquitatem tollit. Sed *Glossæ* ait, Quod etsi valere potest, ut donatio, valere non potest ut contractus societatis, *Ulpianus* etiam profiteretur se, non videre, cur non in societatis conventionem, aliqua inæqualitas admitti possit, cum lucri communio, in qua societatis substantia consistit, non plane tollatur. Nam quod *Justinianus* de societate generaliter definit, si partes expressæ fuerint, hoc servari debere,

270 *Questionum Juris Civilis*

Instit. de Societ. S. 1. hoc censet de partibus æqualibus, in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus in collatione æquali accipiendum esse. Quia in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenierit, partes inæquales tacite constitutæ intelligantur. *Borcholten* vero, *Justinianum* aliter intelligendum dicit, Nam cum primo loco declarasset, si nihil de partibus nominatim convenierit, æquales partes spectandas esse, cum scilicet æquales partes in societatem conferuntur, deinde ait si expressæ partes fuerint hæ servari debent cum scilicet partes inæquales in societatem conferuntur, Quod apparet ex eo quod sequitur, Nec enim unquam dubitatum fuit, quin ut conventio valeret, si qui inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duæ partes, & lusi & damni pertineant, ad alium tertia. Nunquam dubitatum fuit, *inquit Borcholten*, si modo is qui duas partes habet, aliquid plus contulit, societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei, quæ sunt verba *Ulpiani in l. 29. D. pro Socio.*

Vid. Gloss. & DD. ad l. 29. D. pro Socio. Donellum ad l. 1. C. pro Socio. Mantica de tacitis Conventionibus, lib. 6. tit. 4. nu. 14. Vinnium, l. 1. cap. 53. Borcholtem ad S. 1. Instit. de Societate.

QUÆST

2
1. C
2.
vos
filius
liber
liber
ret, M
patre
3.
am,
rus an
miam
4.
lendar
ab eo
ex ma
potuit.
cho cr
cipient
Quæ
1. U
est, si
eum d
agere
ignorant

QUÆST. X.

An quod ex mandato post mandantis mortem gestum est, sit irritum.

Quod sic,

1. **S**I integro adhuc mandato, *inquit Justinianus*, mors alterius interveniat, solvitur mandatum. I. 3. 29. S. 8.

2. Si pater, *inquit Julianus*, filio permisserit servos manumittere, deinde per nuncium vetuisset, & filius antequam certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente, servus ad libertatem perveniat, patris voluntatem durare oportet, Nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium eum manumisisse. D. 40. 2. 4.

3. Si quis, *inquit idem*, donaturus mihi pecuniam, alicui dederit, ut ad me perferret, & donaturus ante mortuus sit, quam ad me perferret, pecuniam non fieri domini mei constat. D. 39. 5. 2. S. 6.

4. Servus, *inquit Africanus*, qui in Provincia Cælendario præfuit, ignorans Dominum defunctum, cum ab eo factus sit hæres, pecunias quas credidit, non ex majori parte, quam ex qua hæres erat, alienare potuit. Nam etsi tibi in hoc dederim, ut eos Stichus credas, deinde mortuo me, ignorans dederis, accipientis non facies. D. 12. 1. 41.

Quod non,

1. Utilitatis causa, *inquit Justinianus*, receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, mandatum executus fueris, posse te agere mandati actione, alioquin justa, & probabilis ignorantia tibi damnum inferret. I. 3. 26. S. 8.

272 *Quæstionum Juris Civilis*

Resp. Quod *Justinianus* non ait, id quod ex mandato gestum est, ratum esse, sed quod qui ignorans mortem mandantis, mandatum executus est, & eo nomine aliquid impendit, ab hærede mandatoris repetere posse, actione mandati, utilitatis causa, id est, ex æquo & bono, ne justa ignorantia ei noceat.

2. Si Pater, inquit *Julianus*, filio permisit, servos manumittere, & interim intestatus decesserit, deinde filius ignorans patrem suum mortuum, libertatem imposuerit, libertas servo competit. *D. 40. 2. 4.*

Resp. Quod *Julianus* ait, Libertas servo favore libertatis contingit, quo innuit, quod in aliis casibus non valeret, præsertim si pater mutasset voluntatem, & vetuisset.

3. Placebat, inquit *Africanus*, Debitorum qui post mortem Domini, Institori solvissent liberatos esse, si modo, ipsi quoque ignorassent, Dominum decessisse. *D. 12. 1. 41.*

Resp. Quod per ignorantiam solventes ex bono & æquo liberantur, ne probabilis ignorantia ipsis noceat, cum alias stricti juris ratione liberari non potuissent, alteri solventes, quam cui solvere debuerunt, *Instit. de mandato S. 8. in fine.*

4. Institor, inquit *Africanus*, Domino defuncto ex parte hæres scriptus, eas pecunias quas credidit pro ea parte qua hæres fuit, alienare potuit, sed sui juris ignarus, eas non ut hæres, sed ut Institor Domini defuncti credidit. *D. 12. 1. 41.*

Resp. Quod pecuniæ pro ea parte, ex qua Institor hæres erat ab eo alienari potuerunt, non tunc cum status sui ignarus credidit, sed cum de jure suo certior factus, voluit eas esse creditas, & apud Debitores manere, Cui quæstioni non erat locus priusquam se scivit hæredem, & pecunias apud Debitores manere voluit.

5. Siquis, inquit *Ulpianus*, pecuniam *Titio* mutuo dederit, reddendam *Seio*, cui donatum volebat deinde mortuo donatore, *Titius* pecuniam dederit, pecunia *Seii* fit, sive mortuum scivit, sive ignoravit. *D. 39. 5. 19. S. 3.*

Resp. Quod in eadem lege ratio redditur. Quia pecunia dantis fuit, id est, non quia ex mandato id facere potuit, sed quia ex causa mutui pecunia ipse fuit, & in quem vellet transferre posuit.

6. Fundi venditor, inquit *Pomponius*, si mandaverit alicui, ut emptorem in possessionem vacuum inducat, si amicus venditoris, eo mortuo, priusquam id sciret aut hæredibus non prohibentibus, id fecerit, possessio recte tradita erit. *D. 41. 2. 33.*

Resp. Quod in hoc casu mandatum, morte mandantis finitum non erat, quia Dominus id mandabat, quod præstare tenebatur. *Donellus* vero respondet quod mortuo venditore possessio à Procuratore ignorante recte tradita erat, non quod ab eo traderetur, aut transferretur possessio cum ipsius defuncti nulla esset possessio, sed quia causa novæ possessionis recte, id est, bona fide adipiscendæ, ab eo præberetur, ex qua postea iusta possessio secuta est.

7. Si res alicui tradidero, inquit *Ulpianus*, ut Nuptiis secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, dubitatur, an secutis Nuptiis dotis esse incipiant, & vereor ne possint, in dominio ejus effici, cui datæ sunt, quia post mortem, ab eo qui dedit dominium decedere incepit, quia pender donatio in diem Nuptiarum, & cum sequitur conditio Nuptiarum, jam hæredis dominium est, à quo, eo invito dominium decedere non posse fatendum est, sed benignius est, favore dotium, hæredi necessitatem imponi consentire ei quod defunctus fecit. *D. 23. 8. 9. S. 1.*

Resp. Quod *Ulpianus* in eadem lege satis innuit, quod de jure communi hoc fieri non potuit quia post mortem ejus qui donatum voluit dominium

274 *Quaestionum Juris Civilis*

ab eo discessit, & penes ejus hæredem esse capit, sed favore dotium hoc casu indultum fuit, hæredem cogendum esse, in id consentire, quod defunctus voluit.

8. Si ab aliquo, *inquit Ulpianus*, Institor sit præpositus, & is qui præposuit decesserit, & qui ei hæres extiterit, eodem Institore utatur, sine dubio eum, (hæredem scilicet) teneri oportebit, necnon si ante hæreditatem aditam cum eo contractum est, æquum est ignoranti actionem institoriam dari, id est, contra hæredem, ei qui cum Institore contraxit. *D. 14. 3. 15. S. 17.*

Resp. Quod hæres qui eodem Institore utitur ex ejus contractu tenetur, quia ex nova voluntate, ejus institor habetur, etiam de eo quod ante hæreditatem aditam, contractum est, quia videtur ejus contractum approbare, cum in ejus potestate fuerat, statim post mortem defuncti, vel dum de hæreditate deliberat, ejus potestatem revocare, vel per magistratum efficere, ut eo officio ipsi interdiceretur.

9. Si impubes, *inquit Paulus*, Patri institores habenti hæres extiterit, deinde cum his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem propter utilitatem promiscui usus, quemadmodum post mortem Tutoris, cujus autoritate institor præpositus est, cum eo contrahitur, &c. Non enim ei imputandum est, qui sciens Dominum decessisse, cum institore exercente mercem contraxit. *D. 14. 3. 17. S. 2.*

Resp. Quod in hac lege patris institores dicuntur, qui paulo antea dicuntur, Patris jam mortui institores, id est, qui antea patris institores fuerunt, nec postea revocati sunt, & Pupillus ex eorum contractu conveniri potest, non quia patris, sed sui institores habentur, eo magis uti, *inquit Paulus*, propter utilitatem promiscui usus, id est, commoda quæ ex eorum negotiatione utrinque obveniant, utpote in contractibus, in quibus sunt mutuae invicem obligatio-

nes, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, & conductionibus, in quibus ex contractu institutorum Domini obligantur, l. 1. D. de institoria actione, & quamvis in pecuniis fœnerandis videtur etiam utilitas promiscui usus versari, cum pariter ad Creditores, & Debitores commodum pertineat, Pecuniarum tamen fœneratio, etsi in jure licita sit, tamen non est adeo favorabilis; quum mercium emptio & venditio, &c. quæ rei familiaris necessitate introductæ sunt, unde etiam *Paulus* dicit, Non ei imputandum, qui sciens dominum decessisse, cum institutore mercem exercente contrahit, id est, propter necessitatem excusandus est, & proinde ab aliis commerciis, ad pecuniam mutuam dandam, & recipiendam argumentum trahendum non est.

Hæc quæstio deducitur ex l. 41. D. de rebus Creditis, in qua *Africanus*, Ejus, inquit, qui in Provincia Stichum servum Calendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber, & ex parte hæres scriptus erat, Qui status sui ignarus, pecunias defuncti aut exegit, aut credidit, consulebatur, quid de his juris esset? Placebat, Debitores quidem qui ei solvissent, liberatos esse, si modo ipsi ignorassent Dominum decessisse, quas autem pecunias ipse credidisset, eas non ex majori parte, quam ex qua ipse hæres esset, alienatas esse, &c. Ad quam legem accurate commentati sunt, *Cujacius*, & *Donellus*, qui sensum legis dilucide exponit, & quæ dubia videntur explicat, & argumenta contra sententiam *Africani* argute diluit, Deinde de quæstione ipsa ita statuit, non personas procuratorum, & institutorum, sed in eorum negotiationibus facta esse distinguenda, Quæ tria sunt, aut enim contrahunt, & se, ac Dominum obligant, aut pecunias exigunt & recipiunt, ad liberationem Debitorum, aut res vel pecunias Domini alienant, sive ad alios transferunt; Primum, inquit, potest facere institutor, quamvis Domino mortuo, si erat ad contrahendum.

276 *Quaestionum Juris Civilis*

hendum præpositus, & in contractu versetur utilitas promiscui usus, secundum post mortem Domini facere jus non habet, sed si ejus mortis nescius à Debitoribus pecunias recepit, ex æquitate ipsis liberatio acquiritur, Tertium mortuo Domino facere non potest, quia à principio suo jure res, vel pecunias alienare non potuit, ut alienatio per se consisteret.

Vid. Glossam & DD. Cujacium, & præcipue Donellum ad l. 41. D. de rebus Crediti.

QUÆST.

quos
arbitr
decre
esse
idem
s. 32
3. 1
fi Tit
alienar
D. 35
Quo
1. S

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS SEXTA.

QUÆST. I.

An ultima dispositio in alterius voluntatem conferri possit ?

Quod non,

1. **T**estamentum, *inquit Modestinus*, est voluntatis nostræ juxta sententia, de eo quod post mortem fieri volumus; ergo non alienæ. D. 28. 1. 1.

2. Illa institutio, *inquit Gaius*, quos *Titius* voluerit, ideo viriosa est, quod alieno arbitrio permixta sit, nam satis constanter veteres decreverunt, Testamentorum jura, ipsa per se firma esse oportere, non ex aliena voluntate pendere, idem confirmatur. l. 68. & l. 70. D. eod. D. 28.

5. 32.

3. Non potest, *inquit Modestinus*, utiliter legari si *Titius* voluerit, *Mævio* decem dato, Nam in alienam voluntatem legatum conferri non potest. D. 35. 1. 52.

Quod sic,

1. Si quis, *inquit Pomponius*, *Sempronium* hæredem

278 *Questionum Juris Civilis*

dem instituerit, sub hac conditione, Si *Titius* in Capitolium ascenderit, quamvis hoc in voluntate *Titii* positum sit, quia tamen in scriptura non est expressa *Titii* voluntas, utilis erit institutio. *D. 28. §. 68.*

Resp. Quod hæc institutio valet, quia ut *Jurisc.* consultus ait in scriptura *Titii* voluntas non est expressa, quod *Modestinus* in *l. 52. D. de condit. & demonstrat.* apertius explicat, ubi nonnunquam, inquit, contingit ut quædam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, &c. Nam expressa nocent, non expressa non nocent: & recte, nam institutio vel legatum, si *Titius* Capitolium ascenderit, non impedit quo minus Testator certus sit de voluntate, & dispositione sua primario & principaliter, quamvis eventus & consequentia pendeat ex voluntate *Titii*: quod si legatum sit, Si *Titius* voluerit, quodammodo in ipsa dispositione, *Titii* voluntas sola spectatur.

2. In arbitrium alterius, inquit *Ulpianus*, Legatum conferri, tanquam conditio potest; Quid enim interest; Si *Titius* Capitolium ascenderit, mihi legatur, an si *Titius* voluerit. *D. 31. l. 1.*

Resp. *Bronchurstus*, quod hæc Oratio quid interest an legetur, Si *Titius* in Capitolium ascenderit, an si voluerit, proponitur per interrogationem, nec quicquam in ea definitur, cum certum sit has legati formulas plurimum inter se differre. *Langius* vero ex *Donello* ait, ibi vocabulum quid pro quantum sit accipiendum, ut apud *Terentium* in Eunuch, Homo homini quid præstat? id est, quantum præstat? ut eorum verborum sensus sit, quantum interest, id est multum interest, an legetur hoc vel illo modo, cum in priori casu utile, in posteriori inutile sit legatum.

3. Legatum, inquit idem *Ulpianus*, in aliena voluntate poni potest, in hæredis non potest, contra id quod traditur in *l. 52. D. de condit. & demonstrat. D. 30. l. 75.*

Resp.

Resp. Quod *Modestinus* in dicta lege 52. loquitur de voluntate plena, & absoluta, ex qua legatum pendet, *Ulpianus* vero in hac lege loquitur de voluntate aliena, quæ accipitur pro arbitrio boni viri.

4. Fidei commissæ libertas, *inquit Ulpianus*, ita dari potest: Hæres si volueris fidei tuæ committo, ut Stichum manumittas. Et quidam cum tres servos legasset, fidei hæredis sui commisit, ut ex his duos, quos veller manumitteret; Libertas fidei commissæ valebit, & hæres quos ex his velit manumitteret. *D. 40. 5. 46. S. 5.*

Resp. Quod hoc admittitur favore libertatis & singulare est, prout ex eadem lege apparet, ubi *Ulpianus* affirmat id in hoc casu obtinere, quamvis nihil aliud in testamento ex nutu hæredis valere potest.

5. Si sic legatum vel fidei commissum, *inquit Ulpianus*, relictum sit: si hæres affirmaverit, si comprobaverit, si justum putaverit. Legatum & fidei commissum debebitur. *D. 30. 1. 75. D. de legat. 3. l. 11. S. 7. Similiter.*

Resp. Quod in iisdem legibus ratio adhibetur, quia potius ut viro bono et commissum sit, quam in meram voluntatem hæredis. Quod etiam in *l. 46. S. 3. D. de fidei commiss. libert.* sic explicat, si ita scriptum sit. Si hæres voluerit, non valebit, Sed ita demum si totum in voluntate hæredis facit, si ei libuerit, Cæterum si illi arbitrium, quasi bono viro dederit, non dubitamus quin libertas debeat.

6. Sic fidei commissum relictum, *inquit Ulpianus*, nisi hæres meus voluerit, illi decem dari volo, quasi conditionale fidei commissum est, & primam voluntatem exigit. *D. 31. 1. 11.*

Resp. Quod ideo illud legatum valet, quia conditionale est & conditio primam duntaxat voluntatem exigit, id est, si contigerit hæredem semel voluisse,

280 *Questionum Juris Civilis*

luisse, postea voluntatem mutare non potest, aliud est in conditionali, si voluerit; Nam ea conditio futuri temporis perpetuum tractum continet; & mutandæ voluntatis potestatem significat; ideoque tale legatum; cum hæredem nullo modo obstringat, non valet, argumento, *l. Centesimo S. ult. D. de verb. obligat. 1.*

7. Hoc legatum, inquit *Ulpianus*, Cum voluerit tractum temporis habet, quamdiu vivit is, à quo fidei commissum relictum est, verum si antequam dederit, decesserit, hæres ejus præstare debet. *D. 32. 1. 11. S. 6.*

Resp. Quod tale legatum valet, quia Testator omnino præstare vult, etsi tempus ejus præstandi hæredis arbitrio permittatur, quia dum vivit deliberare potest, Sed eo mortuo, si ipse non præstitit, ab hærede ejus est præstandum. Nam post mortem utrique datum creditur.

De hac quæstione, post *Bartolum*, *Connanum*, *Donellum*, & alios *Vinnius* sic destinguit de arbitrio. 1. Respectu hæredis. 2. Respectu legatarii. 3. Respectu alterius tertiæ personæ. 1. Respectu hæredis statuit. 1. Quod in liberum ejus arbitrium, utpote si hæres meus voluerit, legatum conferri non potest, Quia non debet esse in arbitrio ejus, quem Testator obligare intendit, an sit obligatus necne, *l. 7. S. 1. D. de rebus dubiis.* 2. In arbitrium hæredis recte confertur legatum, Si hæres æstimaverit comprobaverit, &c. *l. 75. D. de legat. 1.* 3. Utiliter quoque sic relinquitur cum hæres voluerit, quia Testator omnino vult legatum præstari, sed tempus permittit hæredis arbitrio quamdiu vivit, *l. 41. S. penult. D. de legat. 3.* 2. Respectu Legatarii, Legatum in ejus voluntatem, & arbitrium expresse conferri potest, ut *Titio* centum do lego si voluerit, quod Legatum est conditionale, ut non debetur, nisi Legatarius ante mortem Legatum ad se pertinere velle declaraverit, sed si ea conditio expressa non sit,

fit, licet tacite insit, non facit legatum conditionale. 1. 9. D. de condit. & demonstrat. 3. Respectu alterius tertiæ personæ. 1. In ejus arbitrium conferri potest tanquam in conditionem, veluti *Mevio* fundum Tusculanum do lego si *Titius* voluerit, l. 1. D. de legat. 2. Quia ejus voluntas facti est, & potest legatum in alterius factum, non & in voluntatem simplicem, sed ut in conditionem faciendi, conferri, ut puta si forte acciderit aliquando ut ille velit. 2. Potest in alicujus tertiæ personæ arbitrium, non utique liberum, sed ut viri boni conferri, quo casu Legatum non est conditionale, sed sive is arbitretur, an non, utile est. 3. Indirecte, & per consequentiam ex tacito Tertii arbitrio vis Legati pendere potest, veluti si Testator expresse conditionem adjecerit. *Mevio* centum do lego, si *Titius* Capitolium ascenderet, quia testamentum non tam *Titii* voluntatem, quam factum ascenden- di, & contingentiam respicit. 4. Non potest Lega- tum simpliciter in Tertii arbitrium liberum conferri, ut Legatum omnino, ab ejus voluntate pendeat, ut ar- biter, & quasi author legati sit.

Vid. Bartolum ad l. 1. D. de Legat. 2. Connanum Comment. lib. 10. cap. 6. Donellum Comment. lib. 1. cap. 15. Fachineum controvers. lib. 4. cap. 58. Bronchurstum l. 3. Assert. 48. Vinnium quest. lib. 2. cap. 25. Pacium Cent. 6. q. 8. Langium Decad. 6. Theor. 5.

QUÆST.

QUÆST. II.

*An ex testamento imperfecto jus aliquod
competere possit ?*

Quod non,

1. **S**I is, inquit *Favolenus*, qui testamentum faceret, hæredibus primis nuncupatis, priusquam secundos hæredes exprimeret, obmutuisset, magis cõpisse eum testamentum facere, quam fecisse, *Varius Servium* respondisse scribit, itaque primos hæredes ex testamento non futuros, &c. *D. 28. l. 25.*

2. Ex ea scriptura, inquit *Paulus*, quæ ad testamentum faciendum parabatur, Si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea quæ fidei commissorum verba habent, peti possunt. *D. 28. l. 29. C. de fidei commissis. l. 29. Similiter.*

3. Quoties, inquit *Ulpianus*, quis exemplar testamenti præparat, & prius discedat, quam testetur, non valent quasi ex Codicillis, quæ in exemplo scripta sunt, licet Scriptura verba fidei commissi habeat, & ita *Divum Pium* decrevisse, *Marcianus* scribit. *D. 32. l. 11. S. 1.*

4. Sæpissime, inquit *Idem*, rescriptum, & constitutum est, eum qui facere testamentum opinatus est, nec voluit quasi Codicillos, id valere, videri nec Codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in Codicillis valere potuerit, tamen non debetur. *D. 29. 7. l. 1. D. eod. l. 13. S. 1. Similiter.*

5. Ex imperfecto testamento, inquit *Alexander Imp.* nec Imperatorem hæreditatem vindicare possit, sæpe constitutum est. Licet enim lex imperii *Sollennibus Juris Imperatorem* solverit. Nihil tamen

tamen

tam proprium Imperii est, quam legibus vivere.
C. 6. 23. 3.

6. Ex imperfecto testamento, *inquit Paulus*, Legata, vel fidei commissâ Imperatorem vindicare, in-
verecundum est: Decet enim tantæ Majestati, serva-
re leges, quibus ipse solutus est. D. 32. 1. 23.

Quod sic,

1. Observatio in testamentis ordinandis, *inquit Justinianus*, Militibus, propter nimiam imperitiam remissa est; Nam quamvis neque legitimum testium numerum adhibuerint, neque alium testamentorum solennitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Et *Ulpianus*, Faciant, *inquit*, milites quomodo volent, quomodo poterint testamenta, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem nuda voluntas testatoris. I. 2. 11 in princ. D. eod. l. 1.

Resp. Quod *Ulpianus* in eadem lege tradit liberam testamenti factionem militibus pro privilegio datam, primo à *Julio Cesare*, deinde à *Divo Tulo*, postea à *Domitiano*, & plenissime à *Divo Nerva*, quem & *Trajanus* sequutus est, unde testamentum militare, quod sine solennitatibus sustinebatur, à testamento pagano, (ab aliis præterquam militibus facto) in quibus solennitates requisitæ sunt, distinguebatur.

2. Cum testamentorum ordinatio, *inquit Justinianus*, sub certa definitione legum instituta sit, homines rustici, & quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem, in ultimis suis voluntatibus custodire? ideoque ad Dei humanitatem respicientes, duximus eorum simplicitati subvenire, &c. C. 6. 23. 31.

Resp. Quod sicut priores Imperatores militibus ita *Justinianus* rusticis propter eorum simplicitatem, sine solennitatum observatione, testari permisit, præcipue ubi peritorum copia haberi non potuit.

3. Lucius

284 *Questionum Juris Civilis*

3. Lucius Titius, *inquit Papinianus*, ita Testatus est. Hoc meum testamentum scripsi, sine ullo Jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentiam, & si aliquid minus legitime, minimeve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Deinde hæredes instituit. Quæsitum est, an ejus intestati bonorum possessione petita, portiones, ascriptæ ex causa fidei commissi peti possint? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, peti posse. *D. 31. §. 88. S. 17.*

Resp. Quod apparet testamentum invalidum habitum fuisse, quia ejus intestati bonorum possessio petita est. Portiones vero ascriptæ ex causa fidei commissi peti potuerunt, quia expressit se pro jure legitimo haberi voluisse.

4. Inter omnes hæredes tuos, *inquit Constantinus Imperator*, qui ex quolibet gradu venientes, pares tamen esse videntur, &c. sive captum, neque impletum testamentum, vel Codicillus, vel Epistola parentis esse memoratur, sive quocunque alio modo Scripturæ, quibuscunque verbis, vel indiciis inveniuntur relictæ (licet ab intestato liberi ad successionem vocentur,) Judicio familiæ eriscundæ, servato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta. *C. 3. 36. 26.*

Resp. Quod hac constitutione prout ex ejus verbis apparet, obtinet inter omnes hæredes suos, id est, Testatoris liberos duntaxat, quibus voluntas parentis, etsi jure destituta, pro lege esse debet, & ita *Theodosius & Valentin. Imperatores, l. 21. S. 1. C. de Testamentis.* Ex imperfecto testamento, *inquirunt*, voluntatem defuncti teneri, nisi inter liberos solos à parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.

5. In testamento, *inquit Paulus*, quod perfectum non erat *Titius* alumnæ suæ libertatem & fi-

dei

dei commissum dedit; Cum filii omnia ut ab intestato egissent, Imperator quæsit, An ut ex causa fidei commissi manumissa fuisset, & interloquutus est. Etsi Pater ab intestato nihil petiisset, Pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset & ideo etiam fidei commissum ei præstandum. D. 40. 5. 38.

Resp. Quod Imperator ex æquitate & benignitate favorem liberis indultum, etiam ad alumnos extendit; eo magis quod ad pietatem liberorum pertinuit, dispositionem paternam, etiamsi minus legitimam, observare.

6. *Dioclet. & Maximianus Imperatores* Testamento, *inquiunt*, recte condito (id est quoad alia) quanquam desit, Hæres esto: consequens est, existente hærede, legata, seu fidei commissi, juxta voluntatem testatoris dari oportere. C. 6. 22. 7.

Resp. Quod jure antiquo ad Testamenti firmitatem non solum hæredis institutio, sed Institutio sub certa verborum formula requirebatur: ita *Ulpianus* in fragmentis cap. 21. Hæres, *inquit*, recte institui potest his verbis, *Titius hæres esto, Titium* hæredem esse jubeo, Illa autem institutio, Hæredem instituo, hæredem facio plerisque improbata est; Hanc subtilitatem Imperatores Supervacuum existimaverunt, maxime quoad legata, & fidei commissi in Testamento relicta, quæ à quolibet hærede præstari voluerunt, quemadmodum etiam postea *Constantinus* Imperator l. 15. C. de Testamentis constituit. Ad hæredis institutionem necessariam non esse verborum observantiam, nec interesse utrum verbis imperativis, an directis fiat.

7. *Valerius, & Gallienus Imp.* Si Testamentum, *inquiunt*, ita scriptum inveniatur. Ille hæres esto, secundum conditiones infra scriptas. Si quidem nihil est adjectum, nec aliqua conditio in Testamento posita est, supervacuum esse conditionum

286 *Quæstionum Juris Civilis*

num pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. C. 6. 25. 8.

Resp. Quod hoc ita ad Impp. constitutum est, quia præsumi potest testatorem, qui conditiones non adjecit à priori proposito recessisse, & in eo voluntatem mutasse.

8. Plerique Pagani, inquit *Ulpianus*, solent cum testamenta faciant, per Scripturam adjicere, velle hoc etiam vice Codicillorum valere, & quisquam dixerit, Si imperfectum sit testamentum, Codicillos non esse? *D. 29. 1. 3/l. ult. D. de jure Codicillorum similiter.*

Resp. Quod hoc verum est, si Testator ita expresse voluit, vel probabiliter ita voluisse cogitari potest.

De hac quæstione sic statuendum censemus, quod Testamentum imperfectum habetur, vel ratione Voluntatis, vel ratione Solennitatis; Respectu Voluntatis, cum constat Testatorem de pluribus quam disposuit, disponere voluisse: respectu Solennitatis, cum ea quæ de jure Civili in Testamentis ordinandis requiruntur, non observantur. Si imperfectum sit testamentum ratione Voluntatis, aut Testator id quod facere potuit, neglexit, & testamentum non valet, aut morbo insanitate, vel morte superveniente impeditus est, quo minus faceret, & testamentum valet, quoad ea de quibus disposuit: Si testamentum imperfectum sit ratione Solennitatis, etiamsi regulariter non valeat, exceptiones tamen quidam admittuntur. 1. Respectu Testatoris. 2. Respectu eorum qui ex testamento lucrum percipiunt. 3. Respectu Modi disponendi, 1. Respectu Testatoris, Exceptio locum habet, in Testamento Militis, Rustici, & aliorum, quibus jure speciali conceditur, omisiss Solennibus quo modo voluerint, testari, vel de rebus suis disponere. 2. Respectu eorum, qui ex testamento lucrum acquirunt: Exceptio ob-

tinet

inet in testamentis inter liberos, & cum dispositio respicit pias causas. 3. Respectu Modi disponendi. 1. Cum verborum tantum formulæ non adhibentur. 2. Cum ii, qui ob intestato successuri sunt, rogantur, legata in testamento imperfecto relicta præstare. 3. Cum Testator voluerit, id quod imperfecte dispositum est, saltem in vim Codicillorum valere.

Vid. Barrium de Testamentis, lib. 10. cap. 11. Swinburnum de Testamentis, part. 7. S. 12. Bronchurstum Cent. 3. Assert. 24. Vinnium quest. l. 2. cap 17.

QUÆST. III.

An prius testamentum perfectum, posteriori imperfecto rumpatur?

Quod non,

EX eo solo, inquit *Justinianus*, non potest testamentum infirmari, quod testator postea id valere noluerit, usque adeo ut et si quis post factum prius testamentum, posterius facere inciperet, & aut morte præventus, aut quia eum ejus rei contigit, id non perfecit, Divi *Pertinacis* oratione cautum fit, ne Tabulæ priores jure factæ irritæ essent, nisi sequentes jure ordinatæ, & perfectæ fuerint. Nam imperfectum Testamentum sine dubio nullum est. I. 2. 17. S. 7.

2. Tunc prius testamentum, inquit *Ulpianus*, rumpitur, cum posterius rite perfectum est. D. 8. 3. 2.

3. *Theodosius & Valent. Impp.* Siquis, inquit, testamento jure perfecto, postea ad aliud testamentum

288 *Questionum Juris Civilis*

stamentum venerit, non alias id quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod Testator facere instituit, jure fuerit constitutum. C. 6. 32. 21. S. 3.

4. Sancimus, *inquit Justinianus*, si quis legitime modo condidit testamentum, & post ejus confecti-
onem decennium profluxerit, & si quidem nulla in-
novatio, vel contraria voluntas Testatoris apparuerit,
hoc esse firmum. Quod enim non mutatur cur sta-
re prohibetur? Sin autem medio tempore contraria
voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est,
secundi testamenti confecti-
one ipso jure prius testamen-
tum tollitur. C. 6. 22. 29.

Quod sic,

1. Si qua ratione, *inquit Ulpianus*, testator vo-
luntatem suam mutavit, dicendum est, eos ab intestato,
rem habituros, qui bonorum possessionem acceperunt.
D. 38. 6. 1. S. 8.

Resp. Quod ejus legis verba sunt, si hæres in-
stitutus, non habeat voluntatem, vel quia incipit
sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel qua alia ra-
tione, facto, scil. declarata, testator mutavit vo-
luntatem, voluitque intestatus decedere, dicen-
dum est. Quia in hoc casu Testator plus facit inci-
dendo, cancellando, quam si aliud testamentum
fecisset.

2. Militia missus, *inquit Paulus*, intra annum
testamentum facere cœpit, neque perficere potuit,
poteat dici testamentum quod in militia fecit; ita
solum, (id est ruptum) esse si jure militiæ scriptum
fuit. D. 29. 1. 34. S. 1.

Resp. Quod testamentum jure militiæ, id est
militari, factum minus Solenne, & imperfectum
erat, respectu iuris communis, & ideo facilius
rumpitur alio testamento, etiam imperfecto, secus ait
Paulus fuisset, si prius testamentum secundum jus com-
mune factum fuisset.

3. Si posterius testamentum, inquit *Ulpianus*, jure militari factum sit, vel in eo hæres scriptus, qui ab intestato venire potest, tunc posteriore non perfecto, superius rumpitur. *D. 28. 3. 2.*

Resp. Quod testamentum militare imperfectum dicitur, respectu testamenti pagani, perfectum tamen est respectu privilegii, quod concessum est militibus, & proinde rumpit testamentum, prout traditur etiam in 34. *D. de testamento militis*, quocunque modo miles testamentum fecerit, novissima voluntate rescinditur, quoniam voluntas quæque militis voluntas est, & si in priori testamento perfecto, extraneus hæres scriptus est, favore liberorum, posteriore imperfecto in quo scriptus est, qui ab intestato successurus erat, rumpetur, prout constitutione *Theodosii & Valentini* expresse sancitur, in l. 21. S. 1. *C. de testament.*

4. Si Testator, inquit *Justinianus*, tantum modo dixerit non voluisse prius testamentum stare, & decennium erit emensum, tunc irritum est prius testamentum. *C. 6. 27. X. C. 6. 23. 27*

Resp. Quod irritum est testamentum, prout in eadem lege declaratur, non minus ex cursu temporali, quam ex contraria voluntate.

5. Si prius testamentum extet, inquit *Gajus*, jure factum, quo filius exhæredatus est, & sequens imperfectum, in quo præteritus est filius, posteriore testamento, id est, imperfecto præteritus, recte petit bonorum possessionem. *D. 37. 4. 12. S. 1.*

Resp. Quod filius præteritus in posteriore testamento, non obstante quod exhæredatus sit in priore, petere potest bonorum possessionem, si prout in eadem lege traditur, remoto filio, in posteriori testamento, scripti sunt hæredes sui, qui potiores sunt extraneo, qui in priore testamento hæres scriptus est; nam eorum intuitu prius testamentum posteriori imperfecto rumpitur, & priore rupto, quo

quo exhæredatus est filius, ille in posteriori præteritus potest contra tabulas bonorum possessionem petere.

6. *Severus & Antoninus Impp.* Quia testatrix, *inquiunt*, unum ex hæredibus suis non mereri declaravit; ejus portio, jure ad alium non translata, merito fisco vindicata est. C. 6. 35. 4.

Resp. Quod hoc casu testatrix à priore testamento recedere videbatur, non eo solo quod testamentum valere noluit, sed quia unum ex hæredibus indignum judicavit, ex quo evenit, ut ei tanquam indigno ejus hæreditatis portio auferretur.

7. *Claudius Claudianus, inquit Paulus*, facto prius testamento, postea eundem in alio inutiliter facto, instituerat, scriptus hæres cum posterius valere potasset, ex eo hæreditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est, *Papinianus* putabat, eum ex priore hæreditatem repudiassse, ex posteriore autem hæreditatem adire non posse, dicebam, *inquit Paulus*, non repudiassse eum, qui posterius valere putavit; Pronunciatum est *Claudianum* intestatum decessisse, ita propter testamentum posterius imperfectum, non obstante priore perfecto, *Claudianum* intestatus decessit. D. 29. 2. 97.

Resp. Quod testamentum prius à posteriore ruptum non erat, sed Testator intestatus decessisse pronuntiatus est, quia ex eo hæres non adivit, nec ex posteriore imperfecto adire hæreditatem potuit. Quia, prout *Justinianus* tradit. Si quis noluerit hæres esse Pater-familias intestatus moritur. *Insuper Quibus modis testamenta infirmantur. S. 2.*

Quod testamentum prius perfectum posteriore imperfecto non rumpitur, ratio est; quia nihil tam naturale est, quam unumquodque, eodem modo dissolvi, quo colligatum est, l. 36. D. de reg. Juris; proinde eadem solennitate testamenta revocantur, sunt; qua conficiuntur. *Donellus* vero sic diffinit; videndum, scil. an prius testamentum factum

fit jure communi, an jure militari. Si prius jure communi factum sit, non rumpitur posteriore imperfecto, nisi posterius jure aliquo speciali nitatur, quale est favor liberorum, & diuturnitas temporis; si prius factum sit jure militari, quacunque contraria voluntate tollitur, quia & prius, respectu juris communis imperfectum fuit.

Vid. Glossam ad S. penult. Instit. quibus modis I. 2. 17. 97 testamenta infirmantur. Jasonem, & alios; Imprimis Donellum ad l. 21. S. 3. C. de testa. C. 6. 23. 2. mentis Barrium, lib. 10. tit. 1. Fachineum, l. 4. § 3. cap. 6. Bronchurstum, cent. 3. assert. 27.

QUEST. IV.

An in testamento personæ, vel rei, falsa designatione dispositionem vitiet?

Quod non,

SI quidem, inquit Justinianus, in nomine cognomine Legatarii Testator erraverit, cum de persona constat nihilominus Legatum valet, idemque in hæredibus servatur, & recedat; Nomina enim significandorum hominum gratia recepta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. I. 2. 20. S. 29.

2. Huic, inquit Idem, proxima est illa Regula, falsa demonstratio Legatum non perimit, veluti si quis ita legaverit Stichum meum vernam do lego: Nam etsi non verna, sed emptus sit, si de servo constat, utile est legatum. I. 2. 20. S. 30.

3. Falsa demonstratio, inquit Martianus, neque credi instituto, neque Legatario nocet, veluti si

292 *Quaestionum Juris Civilis*

fratrem dixerit, vel nepotem, vel quodlibet aliud.
D. 35. 1. 33.

4. Demonstratio, inquit *Florentinus*, plerumque vice nominis fungitur, nec interest vera, an falsa sit, si certum sit quem Testator demonstraverit. D. 35. 1. 34.

5. Demonstratio falsa est, inquit *Gaius*, veluti si ita scriptum sit. Servum Stichum quem de *Titio* emi, fundum *Tusculanum*, qui mihi à *Seio* donatus est; Nam si constat de quo homine, de quo fundo senserit, ad rem non pertinet, si is quem emisit significabat, donatus esset, aut fundum, quem donatum sibi significaverat, emisit. D. 35. 1. 17.

4. Libertis, inquit *Scaevola*, quos nominaverat, quis ita legavit, fundum *Trebatianum*, qui est in regione *Stellana*, item fundum *Satrianum*, qui est in regione *Niphana* cum taberna dari volo, Quæsitum. Inter fundos, quos legavit, cum sit quidem fundus vocabulo *Satrianus*, in regione tamen *Niphana* non sit, an ex causa fidei commissi Libertis debeat? Respondet, si nullus esset fundus in regione *Niphana*, & de eo sensisse Testatorem certum sit, non idcirco minus deberi, quod in regione designanda lapsus esset. D. 32. 3. 35. S. 2.

7. Paterfamilias, inquit *Scaevola*, ita legavit, Lances numero duas leves, quas de sigillaribus emi, dare volo. Is de sigillaribus leves, quidem non emerat, Lances autem emptas habebat. Quæsitum est, an hæ Lances, quas emptas de sigillaribus habuit, Legato cederent? Respondet secundum ea quæ præponerentur, eas deberi quas de sigillaribus emisit. *Gotofred. ad l. 31. D. de condition. & demonstrat.* Exempla plura accommodat. D. 32. 1. 102. S. 1.

Quod sic,

1. Quoties, inquit *Ulpianus*, volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti frater meus, *Patronus* meus. Placet, neque

neque eum hæredem esse, qui scriptus est quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quia scriptus non est. *D. 28. §. 9.*

Resp. Quod in hoc casu hæredis institutio non valet, quia Testator, uti ait *Ulpianus*, in corpore erravit, ut cum veller fratrem scribere Patronum, qui fuit alia persona, scripsit, Aliud esset, si quem nomine proprio hæredem scripsisset, eundem vel fratrem, vel patronum falso denominasset; Nam tunc non in persona de qua constabat, sed in demonstratione sola, error contigisset. *l. 58. D. eod. 1.*

2. Siquis, *inquit Idem*, in re erraverit, ut putandum vult Lancem relinquere vestem legat, neutrum debebitur. *D. 28. §. 9. D. de Legat. 1. l. 4. Similiter.*

Resp. Quod error in rei nomine appellativo stultitiæ imputatur in dicta, *l. 4.* Quia rerum vocabula appellativa sunt immutabilia, nomina vero rerum propria, ut fundus *Cornelianus*, domus *Seiana*, sunt mutabilia, ut in his potius quam in illis falsa demonstratio, vel opinio toleretur.

3. Falsam, *inquit Papinianus*, legati demonstrationem non facere legatum, *Sabinus* respondet, velati si quis cum *Titio* nihil legasset, ita scriptum reliquerit, ex centum, quæ *Titio* legavi, quinquaginta *Seio* hæres dato. *D. 35. l. 72. S. 8.*

Resp. Quod in hoc casu falsa demonstratio non facit legatum, respectu *Titii*, qui est in demonstratione, quia ut ibi ait Ictus non animo ei legandi, sed diminuendi legatum ita scriptum est, *Seius* vero qui solus est in dispositione, non obstante vitio demonstrationis quinquaginta, quæ ei legata sunt, non minus ac si vera fuisset, consequetur.

4. Si mihi, *inquit Ulpianus*, quod *Titius* debet, legatum fuerit, nec *Titius*, quicquam debet, sciendum est, legatum nullum esse. *D. 30. l. 75. S. 1.*

294. *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod nullum est legatum, quia prout in eadem lege traditur, nulla quantitas est adjecta, unde, *inquit Ulpianus*, evidenti ratione nihil debetur, quia non apparet quantum sit legatum.

4.2 *5. Siquis, inquit Idem*, decem quæ *Titius* debet, leget; sine dubio nihil erit in legato. *D. 30. 1. 75. S. 2.*

Resp. Ex eadem lege quod multum interest inter falsam demonstrationem, & falsam causam; Nam si decem legasset, & demonstrandi causa quæ *Titius* debuit, adjecisset, utile fuisset legatum, sed si ideo legavit, quia *Titius* debuit, nec aliter legaturus fuisset, nisi *Titius* debuisset, tunc verum est, si *Titius* nihil debet, nihil erit in legato.

6. Si *Titio*, *inquit Idem*, Decem quæ mihi *Seius* debet, legavero, nullum erit legatum; scil. si *Seius* nihil debet. *D. 30. 1. 75. S. 2.*

Resp. Quod nullum est legatum, quia, ut ibi, ait *Ulpianus*, esse Debitor debet: Nam qui decem legat, quæ sibi debentur, non vult hæredem decem dare, sed si Debitori leget, ipsi præstare liberationem, si alteri, eidem cedere actionem, quod si nihil debitum sit, nec liberationi, nec actioni locus erit, unde non deficit legatum, quia falsa est demonstratio, sed quia nulla res subest, nec in rerum natura existit.

V. *7. Siquis, inquit Paulus*, sic dixit. Hæres meus centum aureos quos mihi *Titius* debet, ei dare damnas esto. Illud tentari poterit, ut petere possit, (etsi nihil debeat) quasi falsa conditione adjecta, quod mihi, *inquit*, nequaquam placet, cum dandi verbum, ad debitum se referre existimaverit. *D. 34. 3. 25. S. 2.*

Resp. Quod in hujusmodi legato hoc tantum continetur, vel ut hæres cogi possit debitorem liberare, vel si debitum perat ut hujusmodi legati exceptione removeri possit, quoniam nullus est usus, ubi nulla est obligatio.

8. Qui quinque in arca habebat, *inquit Africanus*, ita legabat; Decem quæ in arca habeo de lego: legatum valebit, ita tamen ut quinque sola ex legato debeantur. *D. 30. 1. S. 10*

Resp. Quod non ratione falsæ demonstrationis reliqua quinque non debebantur, sed quia, uti tradit *Africanus*, non quantitas, sed quodammodo certum corpus, res scilicet certo loco circumscripta, legatur, & quod in rerum natura non extabat, & proinde non nisi in quantum extabat, deberi potuit.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit, quod aut demonstratio fit per nomen, vel pronomen proprium, & si quis in iis erravit non vitatur dispositio, aut fit per nomen appellativum, & generale, & si quis in eo erravit, vitatur. *D. de legat. 1. l. 4.*

aut fit aliis modis, & tunc demonstratio adjicitur, aut generi, aut speciei. 1. Si adjecta sit generi, aut illud genus in dispositione erat limitatum, & falsa demonstratio non vitat. *l. 1. & l. 3. C. de falsa causa adjecta*; aut limitatum non erat, sed simpliciter in dispositione ponitur, & tunc quatenus demonstratio falsa est, eatenus dispositionem vitat, *l. 3. in fine C. eodem.*

2. Si demonstratio adjiciatur certæ speciei, tunc vel adjicitur personæ honoratæ, sub designatione consanguinitatis, aut alterius accidentis, & non vitat dispositionem, *l. 58. & l. 48. D. de hæredibus instituendis*; vel adjicitur rei, & tunc aut res in rerum natura reperitur, & valet dispositio, *l. 17. D. de condit. & demonstrat.* aut in rerum natura non reperitur, & dispositio vitatur, *l. 108. S. 1. D. de legat. 1.*

Donellus magis perspicue ita statuit: quod demonstratio est adjectio extra nomen rei, ejus designandæ causæ, adhibita, *l. 17. D. de condit. & demonstrat.* & cum vice nominis fungatur, sicut nec nomen falsum, ita nec demonstratio falsa hæredi, vel legatario nocet, ut tamen demonstratio perimat, duæ res faciunt, 1. Si demonstratio rem certam indicat, quæ non est in rerum natura,

296 *Quaestionum Juris Civilis*

natura. 2. Si ex tempore, demonstratio naturam conditionis inducat. 1. Ut rem certam indicet, quæ non in rerum natura contingit. 1. Si rem aut summam designet certo loco circumscriptam, ut centum quæ in arca habeo, nec in arca centum sunt. 2. Si Testator Titio decem leget, sibi à Titio debita, vel ab aliquo tertio, veluti à Sempronio debita, cum Titius, nec Sempronius quicquam ipsi debeant, Quia in his legatis, legantur quidem verbis decem, revera autem aliæ res quæ nullæ sunt, utpote in priore, Debiti liberatio, in posteriori, cessio actionis, quarum rerum, cum nulla sit obligatio, neutra in ejusmodi legatis intervenire potest. 2. Cum demonstratio inducit naturam conditionis, dispositio non valet, nisi quod in conditione positum est evenit, vel existit, Demonstratio vero conditionis naturam inducit. 1. Ex apertis verbis Testatoris, quando demonstratio effertur conditionaliter, ut si dicat, Titio Stichum do, si is à patre Titii ad me ex donationis causâ pervenit. 2. Ex tempore, cum ex futuro sumitur, ut hac specie, Stichum, qui meus erit, cum moriar. Nam si Stichus ex patre Titii, ad testatorem ex donationis causâ non pervenit, vel si Stichus cum Testator moritur, ejus non fuerit, deficiunt conditiones, proinde non debentur.

Vid. Bartolum ad l. 17. nu. 9. D. de condition. & demonstration. Donellum Comment. l. 8. c. p. 14. Vinnium, lib. 2. quest. 27. Pacium, cent. 6. quest. 32.

QUÆST.

Q U Æ S T. V.

*An in Testamento voluntas defuncti,
magis quam verba sit
attendenda?*

Quod sic,

1. **E**X facto, *inquit Ulpianus*, proponebatur, quidam duos hæredes scripsisse, unum rerum Provincialium, alterum rerum Italicarum & Rerum Provincialium, vel Italicarum significatione, quæ res accipiendæ sunt videndum est; Et facit, quidem totum voluntas defuncti; nam quid senserit spectandum est. *D. 28. §. 3. & S. 3.*

2. In legatis, *inquit Pomponius*, Novissimæ scripturæ valent, &c. Interdum tamen in legatis non posterior, sed præcedens scriptura valet. Nam si ita scripsero, Quod *Titio* legavero, ei neque do, neque lego, quod infra legatum erit non valebit; nam & eum sermonem, quo præsentia legata, data, in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinere placuit. Voluntas ergo facit, ut quod in testamento scriptum est valeat. *D. 30. I. 12. §. 3.*

3. A fratris posthumo, *inquit Paulus*, fidei commissum dari potest. Sola enim voluntas servatur in fidei commissis. *D. 30. I. 127.*

4. Condicio legati, vel hereditatis, *inquit Ulpianus*, an adimi possit videndum, *Papinianus* generaliter scribit conditionem adimi non posse; nec enim datur, *inquit*, conditio, sed adscribitur, quod autem adscribitur adimi non potest, sed quod datur; sed melius est, sensum magis, quam verba amplecti & conditionem sicuti adscribi, ita adimi posse. *D. 34.*

4. 3. S. 9.

5. Siquis, *inquit Justinianus*, filium proprium; exheredetaverit. Ille filius meus alienus me-

298 *Questionum Juris Civilis*

substantiæ fiat, talis filius ex hujusmodi verborum conceptione non præteritus, sed exhæredatus intelligitur. Cum enim manifestus est sensus testatoris verborum interpretatio nunquam tantum valet, ut sensus melior existat, eodem tendunt l. 9. l. 2. & l. 15. D. de legat. 1. l. 19. & l. 101. S. 2. D. de Condit. & demonstrat. l. 23. in fine C. de legat.

Quod non,

1. Testamentum, inquit Justinianus, ex eo appellatur, quod sit testatio mentis, & Modestinus, testamentum, inquit, est voluntaris nostræ iusta sententia, id est oratio, ex quibus colligitur quod mens & voluntas à verbis pendeat. l. 2. 10. in princ. D. 28. 1. 1.

Resp. Quod testatio mentis & declaratio voluntatis verbis fit, sed contingere potest, quod menti, & voluntari testatoris verba non conveniant, quo casu si de mente, & voluntate aliter constare potest, mens & voluntas, magis quam verba sunt attendenda.

2. A verborum significatione, inquit Marcellus, recedere non oportet, D. 32. 1. 69.

Resp. Quod Marcelli sententia integra, sic se habet, non aliter à verborum significatione recedere oportet, quam cum manifestum est, testatorem aliud sensisse.

3. Qui aliud, inquit Paulus, dicit quam quod vult, neque id dicit quod verba significant, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur, ergo ut non verba, sine voluntate, sic nec voluntas sine verbis quicquam operatur. D. 34. 5. 13.

Resp. Quod in hac lege Paulus loquitur de sermone ambiguo, in quo, inquit, cum secundum verba duo dicamus, revera non utrumque dicimus, sed id duntaxat quod volumus, ex quo confirmatur voluntatem magis quam verba spectandam; unde sequitur, quod postea inferitur, si quis aliud dicit quam vult, hunc nihil agere, neque id rursus quod vult intelligi, quia id non loquitur, nisi aliter constaret.

stare possit, quid testator voluerit, nam si hoc appareat id dixisse intelligendus est.

4. Voluntatis defuncti quaestio, inquit *Alexander Imp.* est in aestimatione Judicis, ergo si Judici videbitur, verba ejus sunt spectanda. C. 6. 42. 7.

Resp. Quod quandoque cum verba testatoris sunt generalia, nec appareat, quid voluerit, voluntas ejus ad arbitrium Judicis refertur, ut in l. 12. D. de legat. 3. Ubi cum testator ita scripserit, *Stictus* liber esto, & ut eum haeres artificium doceat, unde se tueri possit, peto; *Pegasus* fidei commissum inutile esse ait: Quia genus artificii adjectum non est, sed Praetor, aut arbiter, inquit *Valens*, de voluntate defuncti ex aetate, & conditione ejus, cui relictum est, statuet, quod potissimum artificium haeres suis sumptibus eum docere debeat, secus esset, si de quo artificio testator sensisset constituisset, nam tunc voluntas testatoris sequenda esset.

5. *Tubero*, inquit *Celsus*, supellectile legata, ait, speciem rerum, potius, quam Materiam intueri oportet, supellectilis potius, an argenti, an vestis sint. *Servius* fatetur sententiam ejus, qui legaverit affici oportere, verum si ea de quibus non ambigitur, quin in alieno genere essent, supellectili quis adscribere solitus sit, non existimari oportere, supellectile legata, ea quoque contineri, non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere: Id *Tubero* parum sibi liquere ait. Nam quorsum nomina, inquit nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem arbitror non quenquam dicere quod non senserit, ut maxime usus sit nomine, quo id appellari solet, Nam vocis ministerio utitur, caeterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. Sed et si, inquit *Celsus*, *Taberonis* oratio, & auctoritas magis opere me movet, à *Servio* tamen non dissentio. Nam et si prior, atque potentior est mens dicentis quam vox, nemo tamen sine voce dixisse existimandus est, D. 33. 10. 7.

Resp.

300 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Supellectile legata, ea comprehenduntur de quibus dubitari potest respectu speciei & materiae, an in supellectile sunt, si speciem habeant supellectilis, & de iis testator sensit, ex sententia *Tiberonis*; Ea vero quae constat in alio esse genere, quam supellectilis, etsi testator de iis sensit, in legato supellectilis non contineri *Servius* opinatus est, quia etsi de iis testator sensit, verbis usus est ex quibus sensus ejus, tanquam sani hominis, innotescere non potest, Cujus opinionem non modo *Celsus* in hac lege probabat, sed etiam *Javolenus* in l. 10. *D. eod. confirmat*; Ubi qui vestem omnem, *inquit*, & res plurium generum supellectilis expensio ferre solitus est. Is uxori supellectilem legavit, *Labeo, Ofilius, Cassellius* recte negabant, vestem legato cessuram, quia vestis non potest videri appellatione supellectilis contineri, quia supellex vestem neque proprie, neque abusive significat, & voluntas ex ejusmodi verbis nullo jure intelligi potest.

6. Si alii, *inquit Modestinus*, fundum, alii usufructum fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet, &c. Quod nisi fecerit usufructus inter eos communicabitur. Quia interdum plus valet scriptura, quam quod actum est. *D. 33. 2. §. 19.*

Resp. Quod *Modestinus* ibi loquitur de verborum significatione, cum quis alii fundum, alteri usufructum ejus fundi legat, & est verum, si quis his verbis usus est, eum non consequutum esse quod voluit, scilicet, ut unus tantum proprietatem haberet, quoniam id verba non significant, qui enim fundum dicit, etiam fundi usufructum complectitur, l. 66. *S. penult. D. de legat. 2.* An vero si aliunde quam ex verbis constaret, hoc sensisse testatorem, ut is cui fundum legavit nudam tantum proprietatem haberet, alter autem

integrum

integrum usumfructum, utrum contra ejus voluntatem
 ususfructus communicari debeat, de eo non agit *Mo-*
destinus. Quod adjicitur in fine. Interdum plus valere
 id quod scriptum est, quam quod actum est, *Petrus*
Faber censet non esse *Modestini*, sed Interpretis alicu-
 jus verba, quæ è Scholiis in textum irrefertunt (ejusmo-
 di errores *Cujacius*, *Goveanus*, & alii multis in locis
 deprehenderunt, Quia verba, Quod actum est, ad con-
 tractus pertinet, non ad ultimas voluntates ut *l. 3. D. de reg. Juris*. Semper in stipulationibus & cæteris
 contractibus, id sequimur, quod actum est, in ultimis
 vero voluntatibus inspicitur id quod testator senserit ut
l. 69. D. de legat. 3. cum manifestum est aliud sensisse
 testatorem, & *l. 7. S. 12. D. eodem*, nisi aliud testator
 sensit; & aliis locis quam pluribus ubi differentia inter
 verba & voluntatem ponitur.

De hac quæstione *Domellus* ita statuit. Quod quam-
 diu de Testatoris voluntate constat, nihil penitus vale-
 at, quod illum non velle intelligitur. Hinc illa in test-
 amento totum voluntas defuncti facit, *l. 3. C. de He-*
red: instituendis. Item voluntas facit, ut in testamen-
 to scriptum valeat, *l. 12. in fine D. de legat. 1.* Pro tu-
 enda etiam voluntate testatoris, quam ille verbo non
 expresserit, dici solet, quod si quis in fundi vocabulo
 errans, leget fundum quem ipse appellat *Cornelia-*
num cum sit *Mævianus*, placet quidem *Cornelianum*
 non deberi, quod de eo testator non senserit, cæterum
 deberi *Mævianum*, quamvis hunc non nominavit,
 quia de eo testator senserit. Quod autem dicitur in
l. 3. D. de legat. 1. A verborum significatione recedi
 posse, cum apparet testatorem aliud sensisse quam ver-
 ba significant, de verborum significatione propria ac-
 cipendum est. Nam à significatione propria & im-
 propria si quis recedi posse interpretetur, non dicen-
 dum recedi posse à verborum significatione sed à ver-
 bis recedi posse, ut sine his nuda testatoris sententia
 sit amplectenda, i.e. quod voluerit quamvis non di-
 xerit. Nam hoc verbum significat, quod propriè & ex
 usu

usu loquendi significat, Ideoque si quis dum vult supellectilem legare, vestem leget, supellex non debetur, quia vestis supellectilem non significat, neque proprie, neque improprie; Sed finge testatorem legavisse filio suo Decem, cum haberet filium naturalem, & alterum quendam, qui filius quidem non est, sed quem pro filio carum habuit, atque eum filium nominare solitus est. Si quærat, cui legatum sit, non dubitandum legatum esse filio naturali. Hunc enim natura filium significat, Sed Si constabit testatorem noluisse ei legare, quia justis de causis eum exheredaverit, tum recedendum est à propria verbi significatione, ut testatoris filius cui decem legata sunt, ex abusu verbi intelligatur quem testator ita nominare consuevit.

Vid. DD. l. 3. D. de legat. 2. Donellum ad l. 3. D. de rebus dubiis. Petrum Fabrum Semestrium. lib. 2. cap. 24.

QUÆST. VI.

An in testamento voluntas plenius sit interpretanda?

Quod sic,

IN testamentis, inquit Paulus, testantium voluntates plenius interpretantur. *D. 50. 17, 12.*

2. Si ex fundo, inquit Ulpianus, aliquis solus fuit institutus, valet institutio, detracta fundi mentione, id est, institutus ex aliqua parte, solus universaliter institutus intelligitur. *D. 30. 1, 48. S. 4.*

2. *Ædes*, inquit Julianus, quibus hæredis ædes serviebant, traditæ sunt non imposita servitute, dicitur legatarium posse ex testamento agere, quia legatum plenum, id est, ædes cum servitute, non accepisset. *D. 30. 1, 84, S. 4.*

4. Qui

4. Qui duos fundos, *inquit Marcellus*, habebat, unum legavit, & alterius fundi usufructum alii legavit. Quæsitum est, an si fructuarius viam ad fundum aliunde non habeat; quam per illum fundum, qui legatus est, fructuario servitus debeat? Respondet, Quemadmodum, si in hæreditate esset fundus, per quem fructuario viâ præstari potest, secundum voluntatem videtur id exigere ab hærede, ita & in hac specie, non aliter legatario fundum concedendum, nisi prius jus transeundi usufructuario præstet. *D. 33. 2, 15.*

5. Pater, *inquit Papinianus*, filix domum legavit, eique per domos hæreditarias jus transeundi præstari voluit, si filia domum suam habitet, ejus viro quoque præstabitur jus transeundi, alioquin filix præstari non videbitur. *D. 33. 3, 6.*

6. Si vinum, *inquit Ulpianus*, legatum sit videamus an cum vasis debeat, & *Celsus* ait, vino legato, etiam si cum vasis legatum non sit; vasa quoque legata videri: Non quia *vasa* sunt pars vini, sed quia credibile est mentem testatoris esse, ut voluerit vino amphoras accessiones esse, & sic loquimur, habere nos amphoras mille ad mensuram vini referentes. *D. 33. 6, 7. S. 8.*

7. Legatum in testamento est, *inquit Scævola* hoc modo, *Seio* concedi volo, quicquid mihi ab eo debitum est. Quæsitum est, utrum id solum; quod testamenti tempore debebatur, an etiam, si quid ex ea summa, usurarum nomine postea accessit, legato cedat? Respondit omnem obligationem ejus debiti per fidei commissum solvi voluisse. *D. 34. 3, 28. S. 6.*

Quod non,

1. *Sempronius Proculus* suo salutem. Binx tabulæ testamenti eodem tempore exemplaris causâ scriptæ, ejusdem Patris familias proferuntur. In alteris centum, in alteris quinquaginta aurei *Titio* legati sunt. *Quæris*

Quæris utrum centum & quinquaginta, an centum duntaxat habiturus sit aureos? *Proculus respondit*: In hoc casu hæredi parcendum est, ideoque utrumque legitimum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei. *D. 13. 1. 47.*

Resp. Quod cum binæ tabulæ proferrentur, nec constaret utræ priores, vel posteriores essent, in potestate hæredis erat, quas velit pro testamento agnoscere, & proinde consequens erat, ut in ejus potestate esset, quod minus erat, præstare.

2. Scio, *inquit Ulpianus*, ex facto tractatum, cum quidam duos fundos ejusdem nominis habens, legasset fundum *Cornelianum*, & esset alter pretii minoris, & hæres diceret minorem legatum, Legatarius majorem, vulgo utique fatebitur, minorem eum legasse, si majorem Legatarius docere non potuerit. *D. 30. 1. 39. S. 6.*

Nummis, *inquit idem*, indistincte legatis, hoc receptum est, ut exiguiore legati videantur, si neque ex consuetudine Patrisfamilias, neque ex regione unde fuit, neque ex contextu testamenti aliud apparere possit.

Resp. Quod voluntatis plenior, id est, benignior interpretatio est adhibenda, cum mens Testatoris plana est, & verbis certis expressa, quæ stricte accipienda non sunt, cum vero testamenti verba ambigua sunt, vel obscura, id quod minimum, est præstandum, nisi aliud probabiliter doceri potest.

3. Mulier, *inquit Scaevola*, ita scripsit. A te peto, tibi, fideique tuæ committo, ut curam corporis mei condendi suscipias, & pro hoc decem aureos è medio præcipito; Quæsitum est, an si *Titius* minus quam decem aureos erogaverit, reliqua summa hæredibus proficiat? Respondit, Secundum ea quæ proponerentur, hæredum commodo proficere. *D. 31. 1. 88.*

Resp. Quod in hoc casu mulier *Titio* nihil legatum voluit, sed ejus duntaxat ministerium, & fidem corpori suo condendo elegerat, unde *Bartolus* Nudus minister, *inquit*, nullum commodum sentire debet.

4. Si usufructus, *inquit Gaius*, Municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usufructu Municipis tuendi sunt, Respond. centum annos observandos esse, quod tempus non est æquale ei, quo Municipium durare potest.

Resp. Quod in eadem lege ratio adhibetur, quia cum Municipium perpetuo durare possit, semper abscedente usufructu, nudæ proprietatis nulla utilitas foret, & satis plene fit interpretatio cum centum anni spatium vitæ hominum longissimum habeatur. *D. 33. 2. 8.*

5. Pater, *inquit Papinianus*, filiae domum legavit, eique per domos hæreditarias jus transeundi præstari voluit, &c. Siquis non usum transeundi personæ datum, sed legatum servitutis plenius intelligat, tantundem juris ad hæredem ejus quoque transmittetur, quod hic nequaquam, *inquit*, admittendum est, *D. 33. 3. 6.*

Resp. Quod usus transeundi personalis filiae concedebatur, non domui servitus constituta erat, nec credibile videtur hoc patrem voluisse, ait Ictus, ne quod pro paterno affectu filiae datum erat, hoc ad extraneos hæredes extenderetur.

6. In doliis, *inquit Ulpianus*, non puto verum, ut vino legato, etiam dolia debeantur. *D. 33. 6. 3. S. 1.*

Resp. Quod alia est ratio amphorarum, alia doli-
orum, quod ostendit *Proculus* in *l. 15. D. eodem*, ubi vinum, *inquit*, in amphoras, & cados hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa promatur, & scilicet id vendimus cum his amphoris, & cadis, in dolia autem alia mente conjiciamus, scil. ut ex his postea vel in amphoras & cados diffundamus, vel ut sine ipsis doliis veneat.

7. *Diocletianus & Maximianus*, longe diversa, *inquunt*, causa est eorum qui à superioribus manumittuntur, & eorum quibus testamento libertas relinquatur, cum superiori casu peculium, si non adiun-
natur, tacite concessum, posteriori vero, nisi specialiter datum fuerit, penes successores, id est hæredes, remanere evidentis juris est, ex quo apparet, quod

306 *Questionum Juris Civilis*

quod jus plenius ab actu inter vivos, quam ex ultima voluntate conferatur. C. 7. 23, 1.

Resp. Quod peculium servi est in patrimonio Domini, & si à vivo *Servus* manumittatur, eum sequitur ut accessorium, nisi adimatur, ex testamento vero cum reliquis bonis transit ad hæredes, nisi ipsi manumisso expresse concedatur, quod primum ex rescripto *Severi & Antonii* introductum, postea constitutione *Diocletiani & Maxim.* confirmatur, hac forsitan ratione, Quia is qui in vivis *Servum* manumittit, ejus manumissi operas habet, quarum intuitu ei peculium tacite concedere intelligitur, qui vero in testamento manumittit ex quo post mortem ejus libertas contingit, eas habere non potest.

Accursius, & *Vulgus Interpretum*, qui eum sequuntur, Regulam, qua traditur, in testamentis voluntates testantium plenius interpretandas, censent comparative ad contractus intelligendam, quasi plenior in ultimis voluntatibus, quam in contractibus sit intelligenda. Quia in testamentis dispositio ab affectione & liberalitate procedit, quæ uberior à morientibus esse solet; In contractibus autem consensus conciliatur plerumque ratione æqualis commodi alicujus, hinc inde dandi, & recipiendi. *Bartolus* & *Decius* censent, Quod regula intelligenda sit de institutione hæredis, quasi respectu hæredi interpretatio plenior, quam respectu Legatariorum fieri debeat, *Jacobus* vero *Gotofredus* asserit verbum plenius dici respectu habito ad strictam interpretationem, ita ut plenius idem sit, quod pinguius, liberalius, & ex æquo & bono benignius, quomodo verbo plenius *Gaius* utitur, l. 53. D. de *Contr. Empt.* ubi quod de fidejussore, inquit, diximus plenius acceptum est, si qualibet ratione fidejussori satisfactum est, & *Ulpianus*, l. 2. S. 3. de *hæredit. vendit.* ubi cum corpora nactus est, vel debita exegit, plenius, inquit, ad eum pervenisse videtur, & contra *Bartolum* & *Decium* quod testantium voluntates plenius

plenius sint interpretandæ, in quacunque dispositio-
ne, five de hæredis dispositione, five de legatis, fi-
ve de Codicillis agatur. Nam hæc omnia testamen-
ti appellatione veniunt, & testamentis continentur,
ut in *l. 200. D. de Reg. Juris*, Omnia quæ ex
testamento proficiuntur. Idem etiam affirmat,
quod hæc regula intelligenda est de voluntate certa
& indubitata, verbis scriptis, vel nuncupatis expres-
sa, non de ambigua vel obscura voluntate testatoris
de qua *l. 10. D. eodem* traditur. Quod semper in
obscuris id quod minimum est sequimur; ut sensus
testantium voluntates apertis verbis testamento
expressas, plenius, & benignius adhuc interpretandas
esse.

Vid. Glossam & DD. ad l. 2. D. de Reg. Juris,
item Petrum Fabrum, Jacobum Gotofredum,
& alios ad eandem legem. Bronchurstum,
cent. 3. assert. 96.

QUÆST. VII.

An Legati incerti electio sit Legatarii? scil. 1. Le-
gati in genere. 2. Alternativi. 3. Ambigui?

Quod sic,

1. Legati in genere.

L 1. Si generaliter, inquit *Justinianus*,
Servus vel res aliqua legetur, Electio est
Legatarii. *I. 2. 20. S. 22.*

2. Cum homo, inquit *Africanus*, Titio Legatus
esset, quæsitum est utrum arbitrium hæredis sit,
quem velit dandi, an potius Legatarii? Resp. verius
dici ejus esse, in cujus potestate sit, qua actione ui-
velit, id est Legatarii. *D. 30. 1. 108.*

2. Legati alternativi.

1. Si ita legetur, inquit *Ulpianus*, fundum Seianum,
vel usufructum ejus tibi habeto. Duo sunt legata, &

308 *Quaestionum Juris Civilis*

in arbitrio ejus est, an velit usumfructum vindicare.
D. 30.1. 34. *D. de Legat. 2. l. 23. Marcellus similiter.*

3. *Legati ambigui.*

1. Qui duos servos, *inquit Pomponius*, habebat, unum ex his legavit, ut non intelligeretur, quem legasset, Legatarii est Electio. D. 30. 1. 20.

1. In generali & alternativo debito, *inquit Justinianus*, Electio est Debitoris. Qui ex pluribus fundis, *inquit Favolenus*, quibus idem nomen impositum erat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipulatur, incertum stipulatur, id est, quem promissor dare voluerit. I. 4. 6. S. 33. *D. de verb. ult. l. 106.*

Resp. Quod hæc vera sunt in Debitis, ex contrahentibus, in quibus id quod incertum est, ex mente ejus qui obligatur interpretationem recipit, cum ei cui obligatur imputandum sit, quod non certius, & apertius contraxerit, secus est in Debitis ex testamento, vel ultima voluntate, in quibus hæres ex mente testatoris obligatur, & mens & voluntas testatoris plenius & benignius est interpretanda.

1. *De legato generis.*

1. Si domus, *inquit Ulpianus*, simpliciter sit legata neque adjectum quæ domus, cogentur hæredes, quam domum volent, ex his, quas Testator habebat Legatario dare. D. 30. 1. 71.

Resp. Quod quamvis in editione vulgari exprimitur, quam domum volent, in *Florentina* habetur, cogentur hæredes, quam domum vellet (Legatarius scilicet) Legatario dare, & rectius: Nam proprie cogimur dare, quod alter vult, non quod ipsi volumus.

2. Si de certo fundo, *inquit idem Ulpianus*, Testator sensit nec apparet, de quo cogitavit, Electio hæredis erit, quem velit dare. D. 30. 1. 37.

Resp. Quod hoc supposito, quod Testator de certo fundo senserit, fatendum est eum non omnes Legato, aut Legatarii Electioni subjecisse; Et cum non appareat, de quo censerit, prorsus inutilis est dispositio, sed tamen quia certum est eum unum fundum dare vo-

luisse,

uisse, ejus voluntatis conservandæ causa, Electio hæredi permittitur, ad quem etiam potius quam ad Legatarium pertinet defuncti voluntatem interpretari.

3. Cum certum pondus olei, *inquit Paulus*, non adjecta qualitate legatur, non solet quæri, cujus generis oleo Testator uti solitus fuit, aut cujus generis oleum ejus regionis homines in usu haberent, & ideo liberum est hæredi cujus vellet generis oleum Legatario dare. *D. 33. 6. 4.*

Resp. à Bronchursto, quod hoc verum est quando Legatum generis in quantitate consistit, quia tunc hæres liberatur, quando quid velit, sed quod in ea lege traditur, Quod non solet quæri cujus generis oleo Testator uti solitus sit, id analogiæ juris de legatis adversatur; Nam consuetudinem Patrisfamilias in vini & olei legatis præcipue recipiendam confirmat lex 9 ejusdem tituli, in qua *Sabinus* tradit, Quod omnia vini appellatione continentur, quæ in vini numero Paterfamilias habuit; & proinde *Jacobus Lessius* jurisperitus eximius, quod in lege refertur aliter legendum censet, scil. cum certum pondus olei legatum sit, non adjecta qualitate, pro Non solet quæri, Tunc solet quæri cujus generis oleo Testator uti solitus est, &c. Et pro ideo liberum est, nec ideo liberum est hæredi cujus generis velit oleum legatario dare, Cui conjecturæ etiam *Dionisius Gotofredus* in annotat. an eandem legem suffragatur.

4. Cum ita, *inquit Labeo*, legatum esset, ut *Titia* uxor mea tantandem partem haberet, quantulam unus hæres, si non æquales partes hæredum essent, *Q. Mutius*, & *Gallus* putabant maximam partem legatam esse, Quia in majori minor quoque inesset, *Servius* & *Osilius* minorem, quia cum hæres dare damnatus esset, in potestate ejus esset, quam partem daret. *D. 32. 1. 29.*

Resp. Quod hoc in casu etiam videtur legatum quantitatis in genere, & verba diriguntur ad hæredem, unde *Servius* & *Osilius* pro ratione reddunt, quod cum hæres dare damnatus, id est, iustus sit in
ejus

310 *Questionum Juris Civilis*

ejus sit in ejus potestate est quam partem vellet dare.

2. *De Legato alternativo.*

1. Si ita scriptum sit, *inquit Pomponius*, decem aut quindecim hæres dato, pro eo est ac si decem sola legata essent, aut si ita, post annum, aut biennium, quam ego decessero, hæres dato, post biennium legatum videtur, Quia hæredis est potestas in eligendo. *D. 31. 1. 43. S. 3.*

Resp. Quod in hoc casu verba diriguntur ad hæredem, ex quo videri potest, testatorem Electionem ejus arbitrio permisisse, & in hoc legato pro Debito quantitati, datur actio tantum personalis contra hæredem.

3. *De Legato ambiguo.*

1. Siquis, *inquit Ulpianus*, plures Stichos habens, Stichum legaverit, si non appareat de quo Stichus sensit, quem elegerit (hæres scil.) præstare debet, contra id quod traditur in *l. 20. D. de legat. 1. D. 30. 1. 32.*

Resp. Quod in *l. 20.* Qui duos servos habebat, unum ex his legavit per nomen servi, generaliter, ut non intelligeretur quem legasset, & proinde tanquam rei legatæ in genere, Electio Legatario permittebatur in *l. 32.* Si quis plures Stichos habens, Stichum legaverit, de certo aliquo per nomen proprium sensit videtur, & cum non appareat de quo sensit, ne legatum in præjudicium legatarii corrumpatur, Hæredis declarationi, & electioni quem præstare voluerit, permittendum videbatur.

Vide argumenta secundo loco contra *thesin præcedentis questionis*, & ad eadem responsiones.

Ad hujus questionis determinationem expediendum est: 1. Quænam causæ sunt, eligendi & statuendi, de legatis. 2. Ad quas materias hæc potestas sit extendenda. 1. Potestas eligendi, & statuendi de legatis, aliquando. 1. Expresse à Testatore conceditur. 2. Aliquando tacite ab eodem permittitur. 3. Necessario ex natura negotii inducitur.

1. Expresse

1. Expresse conceditur optione legata *Instit. de Legat. S. 23.* & cum hæredis arbitrio hæc potestas à Testatore indulgetur. 2. Tacite à Testatore permittitur, cum verba ad hæredem, vel legatarium diriguntur, utpote ad hæredem cum Testator sic disponit. Hæres meus *Titio* fundum dato, vel dare damnas esto, *l. 29. S. D. de legat.* 3. ad legatarium, ut *Titius* domum aut fundum habeto, vel *Titio* fundum aut domum do lego. 3. Ex natura negotii potestas eligendi necessario inducitur, cum ut legatum non intereat, declaratio hæredis, & proinde Electio ejus requiritur, *ultim. l. 37. D. de legat. 1.*

2. Quoad materiam, aut legata est res corporalis, ut domus vel fundus, & ejusmodi legati Electio ad legatarium pertinet, *Instit. de legat. S. 22.* Quia legatarius pro legato agere potest, non solum personali, sed etiam reali actione, aut legatum consistit in quantitate, ut pecunia, vel rebus aliis, quæ numero, pondere, & mensura constant, & ejusmodi legati quia legatarius actionem tantum personalem habet, hæres Electionem habet, & id quod minus præstare est potest.

Vid. Hunnium, lib. 2. tract. 8. q. 15. Bronchurstum, cent. 3. q. 49. Pacium, cent. 6. q. 32.

Q U Æ S T. VIII.

An re Testatori cum alio communi, legata, tota sit præstanda?

Quod non,

1. **L** Abeo, inquit *Paulus*, ait cum certa res, aut persona ita legatur, qui meus erit cum moriar hæres dato, cum communis sit totum deberi, *Cassius* vero scripsit, *Trebatium* respondisse partem deberi, quod est verius. *D. 30. 1. 5.*

2. Cum

312 *Questionum Juris Civilis*

2. Cum fundus communis, *inquit idem Paulus*, legatus sit, non adjecta portione, sed Testator meum nominaverit, portionem deberi constat. *D. 30. 1. 5. S. 2.*

3. Si fundus, *inquit Ulpianus*, Municipum vectigalis (id est, qui manente apud municipes dominio in perpetuum pro certo vectigali locatur) ipsis municipibus legatus sit, quia aliquod jus qui legavit, in eo habet, legatum valet; sed si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videtur rei proprietas legata, sed id jus quod in fundo vectigali habetur. *D. 30. 1. 40. S. 5. & 11.*

4. Fundus, *inquit Paulus*, qui locatus erat, legatus est cum instrumento, instrumentum quod Colonia in eo habuit, legato cedit. An quod Colonia fuit, an tantum id quod Testatoris fuit? Et hoc magis dicendum est, nisi nullum domini fuit. *D. 33. 7. 2.*

5. Qui fundum, *inquit idem Paulus*, mandam meo mihi, & sibi in societate emerat, deinde eum finibus diviserat, & priusquam mihi traderet, ita eum legaverit, fundum meum illi do. Negavi amplius quam partem deberi, quia verisimile non esset Patremfamilias ita testatum esse, ut ejus mandati heres, damnaretur. *D. 32. 1. 50. S. 4.*

6. Stichus, *inquit Scaevola*, in testamento manumisso, fundi ususfructus legatus erat, Is testamento suo nepotibus suis ejusdem fundi proprietatem legavit, &c. Responsum, Stichum potius legasse, quod habere se crederet, quam quod haeredes onerare vellet. *D. 33. 1. 36.*

7. Succursum est, *inquit Papinianus*, haeredibus ne cogerentur redimere, quod Testator suum existimans relinquit; sunt enim in legandis suis, quam in alienis comparandis, & haeredibus onerandis faciliores voluntates. *D. 31. 1. 67. S. 8.*

Quod sic;

1. Non solum Testatoris res, vel haeredis, *inquit Justinianus*

Justinianus, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur eam redimere, & præstare; vel si eam non potest redimere, ejus æstimationem dare. *D. 2. 20. S. 4.*

Resp. Quod hoc verum est quando res omnino aliena legata est, & aliter voluntati testatoris satisfieri non potest, sed quando res aliena testatori communis legatur, satisfieri potest, si pars quæ sua est, præstetur.

2. Si res obligata per fidei commissum relicta fuerit, inquit *Ulpianus*, siquidem testator scit eam obligatam, ab hærede luenda est, ergo rei testatoris, in qua alius jus habet, legatum valet. *D. 30. 1. 57.*

Resp. Quod Conjectura voluntatis testatoris legantis rem suam, quam Creditori obligatam sciebat, facit, ut res integra debeat; Nam cum æs alienum onus sit hæredis, qui in universum jus defuncti succedit, non credibile est testatorem voluisse rei legatæ nomine æs alienum à Legatario solvi, nisi hoc expresserit, & quamvis Creditor jus aliquod habet, hoc jus à voluntate testatoris, quando libuerit redimendi, pendet.

3. *Ulpianus Juliano respondit*, Testatorem adjiciendo prædium Seianum omne, eam quoque partem fundi supra scripti, quam ex causa pignoris nactus est (salvo, scil. jure Debitoris) quali ad se pertinentem, per fidei commissum reliquisse videtur. *D. 32. 1. 68.*

Resp. Quod testator expresse legando fundum Seianum omne, legat non solum id quod ipsius proprium erat, sed etiam id quod jure pignoris obtinebat, secus esset si verbum omne non adjecisset, nam tunc sicut hæres æs alienum defunctiolvere tenetur; ita quod Defuncto debiti nomine obligabatur, redimere potuit.

4. Dominus, inquit *Papinianus*, fructuario hærede scripto fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut hæres ex causa fructus

314 *Questionum Juris Civilis*

emolumentum retineat unde *Baldus* colligit, Testatorem rem simpliciter legantem videri jus suum & hæredis legare. *D. 30. l. 76. S. 2.*

Resp. Quod Testator rem hæredis facilius, quam rem extranei legare potest, & proinde fundo, cujus hæres fructuarius fuit, legato, hæres emolumentum fructus, eidem cedere debet.

5. Fundo relicto, *inquit Papinianus*, si ususfructus alienus sit, nihilominus ab hærede petendus est. *D. 31. l. 66. S. 6.*

Resp. Quod in eadem lege ratio datur, Quia ususfructus etsi in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet, id est, quamvis ususfructus proprie pars rei non sit, instar tamen partis habetur, quia emolumentum rei continet, & proinde fundo legato, ususfructus, nisi expresse excipiat, & detrahatur, legato cedere intelligitur.

6. Siquis, *inquit Pomponius*, servos suos legavit, communes quoque continentur; & in quibus fructus alienus fuit. *D. 32. l. 47.*

Resp. Quod communes servi continentur, non integri, sed in quantum Testatoris sunt, vel pro jure, & partibus, quas in iis Testator habet, de quibus ipsi disponere licet.

Accursius affirmat, quod si res simpliciter sit, legata, & Testator scivit communem esse, totam deberi, quia si tota esset aliena tota deberetur. Quod & *Donello* videtur, nec obstare, quod in *l. 5. D. de leg. 1.* Traditur, quod in eo casu *Servus* legatur uti Testator exprimit, qui meus est, quod intelligendum quatenus meus, *Bartolus* vero, *Baldus*, *Zazius*, & *Duarenus*, &c. censent partem tantum deberi, quorum opinionem *Vinnius* sequitur, Quia longe diversa ratio est rei in totum alienæ, & rei communis, sive pro parte alterius, Quia si res tota aliena sit, nulla alia conjectura capi potest, quam Testatorem voluisse eam totam legare, sed cum res communis est, magis credibile est, eum de sua parte cogitasse quam

quam de tota, & hæredem suum onerare voluisse,
ut partem alienam redimat.

Vid. Accursium, Bartolum, & DD. alios ad l. 5.

D. de legat. 1. Donellum ad leg. Cum alienam.

C. de legat. Vinnium, quæst. l. 2. cap. 26.

Q U Æ S T. IX.

*An si res eadem sæpius sit legata,
pluries sit præstanda?*

Quod non,

SI eadem res, *inquit Ulpianus*, in eodem te-
stamento sæpius legetur; amplius quam se-
mel peti non potest, sufficitque vel rem con-
sequi, vel rei æstimationem. *D. 30. 1. 34.*

2. Duorum testamentis, *inquit Papinianus*, pars
indici, quæ *Mevii* est, legata est, non ineleganter
probaturum est, ab uno hærede soluta parte fundi,
quæ *Mevii* fuit, ex alio testamento liberationem
contingere, neque postea parte alienata actionem se-
mel extinctam revocari. *D. 31. 1. 66.*

3. Si ab instituto, *inquit Favolenus*, & à substi-
tuto eadem res mihi legata sit, & omiſſa causa te-
stamenti possideant, ab utroque hærede solidum mi-
hi deberetur, ab uno tamen legatum consequutus, ab
utro petere non potero, eligere itaque reum pote-
ro. *D. 29. 4. 11.*

4. Libertis, *inquit Sævola*, quos testamento, quis
manumiserat, alimentorum nomine decem menstruos
legaverat, Deinde in Codicillis omnibus libertis ge-
neraliter septem menstruos, & denuos annuos ve-
ntilarii nomine legavit: Quæsitum est, an ex testa-
mento, & ex Codicillis hæredes fidei commissum
testare debeant. Respondit nihil proponi cur non

316 *Questionum Juris Civilis*

ea, quæ Codicillis darentur præstari debeant : Nam ab his, quæ testamento cibariorum nomine legata essent, recessum est propter ea, quæ Codicillis relicta sunt. *D. 34. l. 18.*

5. Si certum corpus nummorum, *inquit Ulpianus*, relictum sit sæpius, ut puta centum, quæ in arca habeo, fundo legato, comparandum credo. *D. 30. l. 34. S. 4.*

6. Si testamento, *Inquit Julianus*, *Stichus* ab uno hærede, *Mevio* legatus fuerit, & eidem in Codicillis idem *Stichus* ab omnibus hæredibus, & antequam Codicilli aperirentur, *Mevius* litis æstimationem consequutus fuerit ipso jure ex Codicillis vindicari non potest, quia Testator semel ad eum legatum pervenire voluit. *D. 30. l. 86. S. 1.*

Quod sic,

1. Si quantitas eadem, *inquit Ulpianus*, in eodem testamento, sæpius legetur, *Divus Pius* rescriptis summam sæpius præstandam. *D. 30. l. 34. S. 3.*

Resp. Quod sæpius est præstanda, si prout sequitur in eadem lege evidentissimis probationibus ostendatur, testatorem voluisse multiplicare legatum. Ejusque rei, *inquit Ulpianus*, evidens ratio est, quod eadem res sæpius præstari non potest, eadem summa multiplicari potest.

2. Si quis, *inquit Martianus*, à primo hærede, alicui Centum legaverit, & eidem à secundo ducenta, postea generaliter reperierit Legata, trecenta videntur repetiisse. *D. 30. l. 113. S. 2.*

Resp. Quod trecenta videntur legata, si testator postea generaliter reperierit legata, id est, quæcumque legata à me relicta sunt, ea præstari volo.

3. Quinquaginta, *inquit Celsus*, in testamento legata sunt, idem est in scriptum Codicillis postea scriptis, refert Testator duplicare legata voluerit, an repetere, quasi oblitus se in testamento legasse id fecerit : Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda? prima fronte videtur, quod Petitor probet

bet, quod intendit, sed nimirum probationes quædam à reo exiguntur, & hic igitur cum Petitor duas scripturas ostendit, & hæres posteriorem inanem esse dicat, ipse hæres judici id probare debet. *D. 22.*

3. 12.

Resp. Quod cum in eodem testamento eadem quantitas bis legatur, Legatarius probare debet, Testatorem voluisse duplicare legatum, quia hæres probat eam scripturam in qua ejus intentio est fundata, sed si eadem quantitas in testamento, & in Codicillis legata sit, id est, in diversis scripturis, si hæres contendat id quod in Codicillis scriptum est, ad Legatarium non pertinere, ei incumbit probatio, quod exemplo confirmatur in eadem lege, ut si quis pecuniam creditam petat, alter solutam dicat, qui solutam dicit, hoc probare debet.

4. Cum quis centum, *inquit Ulpianus*, quæ, alicui pure legavit, eidem conditione adjecta iterum legavit, si quidem quasi hanc aliam summam esse voluit, & quod pure relictum, statim debebitur, & quod sub conditione ascriptum est, si conditio extiterit. *D. 34. 4. 9.*

Resp. Quod hoc verum est, si Testator qui posterius legavit, aliam summam esse voluit, Quod si, ut ibi declarat *Ulpianus* eandem summam mutata voluntate sub conditione reliquit (quod magis est probabile) pura datio conditionalis effecta videbitur.

5. Si duorum testamentis, *inquit Ulpianus*, eadem res mihi legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem. *D. 30. 1. 34S. 2.*

Resp. Quod hoc verum est in duorum testamentis, in quibus utriusque Testatoris voluntas effectum sortiri debet, sed ita ut si legatarius rem habeat ex altero testamento, ex altero ad æstimationem agere non potest, *Institut. de legat. 6.* Si vero

318 *Questionum Juris Civilis*

ex altero prius æstimationem consequutus est; nihilominus ex altero rem petere potest. Aliud vero est, si in eodem testamento eadem res sæpius legata sit, nam amplius quam semel res peti non potest, & sufficit, vel rem consequi, vel æstimationem, quod in eadem lege *Ulpianus* tradit.

6. Siquis, *inquit Ulpianus*, duos hæredes scripserit, & unumquemque damnaverit rem solidam Legatario præstare, idem est, atque si in duobus testamentis legatum esset. *D. 30. l. 53.*

Resp. Quod quoad diversos hæredes ejusdem Testatoris, non minus quam duorum Testatorum, diversæ sunt voluntates, & apparet, quod utrumque in solidum gravare voluit.

7. Si duorum testamentis, *inquit Papinianus*, pars fundi simpliciter, non quæ *Mevii* fuit, legetur, solutio prior non perimit, alteram actionem, atque hanc eandem partem aliquo modo suam factam, poterit alter hæres solvere. Namque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent. *D. 31. l. 66.*

Resp. Quod si pars fundi certa, & distincta, & pars *Mevii* duorum testamentis sit legata, ex alio soluta, ex alio non debetur, ut in legis ejusdem præcedenti; Si vero pars fundi incerta ex iis, quæ pro indiviso habentur, & intellectu tantum distinguuntur, ut puta pars decima, sit legata, etsi ex altero testamento ejusdem pars decima sit soluta, ex alio testamento altera decima deberi, & præstari potest. Quia ut *Baldus* ad *l. 38. D. de leg. l. colligit*. In parte intellectuali, quæ non potest ad oculum demonstrari plures causæ lucrativæ concurrere possunt, prout late explicat *Glossa* ad eandem, *l. 66.*

8. Cum Pater, *inquit Ulpianus*, dotem pro filia promittit, & dotem legat, &c. Si filia legavit, legatum valet; Dos enim ex promissione marito debetur, legatum filia: Et si filia ostenderit hoc animo fuisse Testatorem ut duplicaret ei lega-

tum, utrumque habebit, Dotem quam maritus prosequutus fuerit, & legatum ex causâ legati. *D. 23. 3. 29.*

Resp. Quod in hoc casu non fuit idem bis legatum, sed primo dos fuit genero promissa, deinde filix legata, & quanquam eadem res videtur, est tamen diversa, diverso respectu, & ratione promissi genero, ratione legati filix deberi potuit, si constaret patrem bis præstari voluisse.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit. Quod aut legatur species, aut quantitas. 1. Si eadem species legeretur, aut legatur in eodem testamento, aut in diverso, si in eodem testamento, aut ab uno hærede est præstanda, aut à pluribus, si ab uno tantum hærede sit præstanda semel tantum debetur, *l. 34. S. 1. D. de legat. 1.* Si à pluribus sit præstanda, tunc aut legatur simpliciter, & semel tantum debetur, *l. si tibi homo. S. 1. D. de legat. 1.* Aut legatur expresse à quolibet in solidum præstanda, & à singulis est præstanda vel res, vel rei æstimatio. *l. Quid ergo S. si quis duos D. eodem*, si in diversa voluntate res eadem sæpius sit legata, est vel in voluntate diversa ejusdem, vel in voluntate diversa diversorum Testatorum; si in diversa voluntate ejusdem, idem observatur, quod in eadem ejusdem voluntate, si in diversa voluntate diversorum, aut loco unius habentur ut defunctus, & ejus hæres, & tunc idem observatur, ac si legeretur in testamento unius, *l. Hujusmodi. S. si Sempronius. D. de legat. 1.* Aut habentur prorsus ut diversi, & extranei, & tunc si Legatarius ex alterius testamento rem ipsam consequutus sit, tollitur omnis petitio ex testamento alterius, *l. plane. S. Sed si duorum, D. de legat. 1.* Aut consequutus est existimationem ex unius testamento, & potest iterum agere ad consequendam rem ex alterius testamento. *Instit. de legat. S. Si res l. Mævius. S. duobus D. de legat. 2. 2.* Si eadem

320 *Quæstionum Juris Civilis*

quantitas sapius sit legata, aut relinquitur præstanda, ab uno hærede, aut à pluribus. 1. Si ab uno & eodem hærede, aut relinquitur in eadem voluntate, aut in diversâ, si in eadem tunc aut utrumque legatum continet tantundem, & non præsumitur duplicatum nisi probetur, aut non tantundem, & tunc aut secundum legatum est simpliciter factum, & non præsumitur duplicatum, nisi probetur, aut non tantundem, & tunc aut secundum legatum est simpliciter datum, & præsumitur duplicatum, nisi aliud appareat, per verba expressa, aut distinctionem taxativam, *l. Si ita D. de legat. 1.* Aut secundum est factum per relationem ad primum, & tunc secundum tantum debetur, *l. Cum centum D. de adimentis legatis.* 2. Si eadem quantitas relicta sit à diversis hæredibus præstanda, à quolibet in solidum debetur, *l. Servo alieno. S. Si quis à primo D. de leg. 1.*

Vid. Bartolum ad l. Si pluribus S. Si ita D. de legat. 2. & ad l. Centum D. de adimentis legatis Pacium, cent. 5. qu. 50. Brogchurstum, cent. 3. assert. 47.

Q U Æ S T. X.

An ex pacto de hæreditate viventis jus successionis in locum defuncti competere possit?

Quod non,

1. **S**tipulatio, inquit *Julianus*, hoc modo concepta, si me hæredem non feceris tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est hæc stipulatio. *D. 45. 1. 61.*

2. *Dicitur*

2. *Diocletianus & Maxim.* Ex eo instrumento, inquit, in quo contra bonos mores de successione viventis obligatio fuit interposita, vos nullam actionem habere manifestum est. Cum omnia, quæ contra bonos mores in pactum, vel in stipulationem deducuntur nullius sint momenti. C. 8. 39. 4.

3. Captatorias institutiones, inquit *Papinianus*, quarum conditio ad secretum alienæ voluntatis confertur, senatus improbat. D. 28. 5. 70.

4. Pater, inquit *Idem*, instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex voluntate patris speraret, Eam scripturam jus successionis non mutasse constat. Privatorum enim cautionem legum autoritate non censeri, id est, vim legum non habere. D. 38. 16. 16.

5. *Diocletianus & Maxim.* Cum affirmas, inquit, dotali instrumento pactum interpositum, esse vice testamenti, ut post mortem mulieris ejus bona ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis te nulla actione hæredes seu successores ejus te posse convenire, ut tibi restituant, quæ nullo jure debentur. C. 2. 3. 19.

6. Illud etiam sancimus, inquit *Justinianus*, ut si quis à patre res certas, vel pecunias accepisset, & pactus fuisset quatenus de inoffenso, querela adversus paternum testamentum minime ab eo moveretur, & post obitum patris filius cognito paterno testamento, non agnoverit ejus judicium cujusmodi pacto filium minime gravari, secundum *Papiniani* responsum, in quo definivit filios meritis magis ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. C. 3. 28. 35. §. 1.

7. Eodem pertinent. l. 29. §. 2. D. de donatio-
bus, & l. finalis C. de pactis.

Quod sic,

1. Marcellus, *inquit Paulus*, probat, Etsi filius vivo patre, cum creditoribus paternis pactus sit, quod doli exceptio ei sit profutura. Sed debita patris ad ejus patrimonium, & consequenter ad hæreditatem pertinent. *D. 2. 14. 7. S. 7.*

Resp. Quod tale pactum valet, Quia fit ut hæres futurus se liberet, & exoneret debitis paternis, sicut esset si filius vivo patre de bonis ejus diminuendis pacisceretur.

2. De illo, *inquit Idem*, quæritur, si ita Societas coita sit, ut si qua justa hæreditas, alterutri obveniat, communis sit; quæ justa hæreditas, utrum quæ jure legitimo obvenit, an etiam ea, quæ ex testamento, & probabilius est, ad legitimam tantum hæreditatem hoc pertinere. *D. 17. 2. 3. S. 2.*

Resp. Quod hujusmodi contractus valet, quia non de certa, sed incerta hæreditate agitur, & nihil vitii habet, cum ex eo periculum captandi alterius mortem non sequatur.

3. Illud, *inquit Ulpianus*, quæri potest, si is qui vendidit hæreditatem Testatoris, etiam impuberi substitutus sit, an etiam id quod ex impuberis hæreditate ad eum pervenit, ex empto actioni locum faciat? Sed plane, si hoc actum sit, dicendum est, etiam impuberis hæreditatem in venditionem venire, Maxime si jam delata hæreditate, impuberis hæreditas veneat, unde colligitur, quod etsi non sit delata, in venditionem venit, quanquam id magis præcipue, si impubere mortuo jam sit delata. *D. 18. 4. 2. S. 2.*

Resp. Quod verbum maxime sua natura est implicativum, & videtur alios etiam casus admittere, sed & interdum significat, quod verbum uniusque, & est illustratio ejus quod asseritur, & ita est intelligendum cum ex implicatione aliquid absurdum

dum vel inconueniens sequeretur, ut sensus sit, in venditione hæreditatis Testatoris venit hæreditas filii impuberis, si hoc actum sit, maxime, id est, utique si jam delata sit hæreditas impuberis, id est, si impubes jam mortuus sit, secundum Vinnium, *tr. de Pactis*, c. 19. *nu.* 9.

4. Si parens, *inquit Ulpianus*, accepit pecuniam, ut emanciparet filium, vel si vivus filius postea in eum contulit, quantum satis est, ne iudicium ejus, id est, testamentum filii inquietet, Exceptioe doli (si inquietet) repelli potest, ubi *Gotofredus*, Hinc, *inquit*, pactum de non succedendo valere colligitur. *D.* 27. 12. 1. *S.* 3.

Resp. Quod tale pactum valet, quia Patri satisfactum est, in quem filius ex bonis suis legitimam portionem contulit, ita ut nihil causæ sit cur de ejus testamento queri possit.

5. Si non mortis causâ, *inquit Ulpianus*, donatum fuerit, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici cessare querelam inofficiosi. *D.* 5. 2. 25.

Resp. Quod filius qui accepta legitima jure naturæ debita, paternæ successioni renunciat, à Patris successionem excluditur, non propter pactum, sed quia lex ita statuit, ut filius citra ullum pactum accepta legitima à querela inofficiosi excludatur.

6. De fidei commissio, *inquit Valerianus Imp.* à patre inter te, & fratrem tuum dato, si alter vestrum sine liberis decesserit, transactio interposita rata est. *C.* 2. 4. 11.

Resp. Quod hujusmodi transactio rata est, quia prout in eadem lege sequitur fratrum concordia, remoto improbabili captandæ mortis alterius voto retinetur. Et *Donellus* ad *l. 1. C. de pactis* ait. Quod quando spes fidei commissi à patre relictæ, pacto fidei commissarii remittitur, non de hæreditate viventis, sed Testatoris mortui, pactum initur.

324 *Questionum Juris Civilis*

7. *Diocletianus & Maxim.* Cum proponas, *inquunt*, te ac fratrem tuum ad discrimen praelii pergentes ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui superstes fuisset, res ejus cui casus vitæ finem attulisset, pertinerent, existente conditione intelligitur, ex fratris tui judicio (quod principalium constitutionum prompto favore firmatur) etiam rerum ejus compendium ad te delatum esse. C. 2. 3. 19.

Resp. Quod hoc pro speciali privilegio militibus indultum est, principalium constitutionum favore, idque etiam verba Imp. in principio legis testantur, ubi, licet inter privatos, *inquunt*, hujusmodi scriptura, qua comprehenditur, ut is qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causâ gestæ speciem ostendat; voluntas tamen militum, quæ super ultimo vitæ spiritu, deque familiaris rei decreto, quoquo modo, contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi judicii obtinet.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit, quod pactum de successione futura, sive de hæreditate, est vel de ea omittenda, vel de ea acquirenda, vel de eo quod acquirendum est certo modo disponendo: Et tradit. 1. Quod pactum de hæreditate acquirenda non valet, l. 6. D. de verborum obligat. & l. uli. C. de pactis. 2. Quod pactum de successione omittenda, aut est cum debito admixtum, & valet, l. 1. S. 3. D. si quis, à parente manumissus, aut non est ad mixtum, & tunc non valet, de Jure Civili, l. pactum, C. de Collation. Sed si firmatur juramento valet, Jure Canonico, *Exir. de Pactis in 6. cap. 2.* 3. Quod pactum de eo, quod acquiritur certo modo disponendo, aut est interpositum super hæreditate, vel successione personæ incertæ, & valet, l. 3. S. De illo D. pro Socio, aut personæ certæ, & tunc aut venit ex consequentia prioris contractus, & valet, l. Si quis servum D. de affir-

nibus empti, vel non venit ex consequentia prioris contractus, & tunc aut procedit sub quadam universitate; & valet. *l. Si quis servum. S. Illud D. de hæreditate vendita*, aut procedit per se principaliter, & tunc aut continet paciscentis liberationem; & valet, *l. Et suum. S. Idem probat. D. de pactis*, aut continet paciscentis obligationem, & tunc aut ille de cujus hæreditate agitur, consentit, & valet, aut non consentit, & non valet, *l. ult. C. de pactis*.

Vid. Bartolum ad l. Stipulatus hoc modo D. de verborum obligat. & ad l. fin. C. de pactis. Donellum ad l. 1. & l. ult. C. de pactis Hunnium, l. 3. tr. 1. quest. 13, 14, 15, 16. Bronchurstum, cent. 1. assert. 36. Fachineum, lib. 4. cap. 86. Morlam. tit. 3. quest. 5. Vinnium, tr. de pactis, cap. 19.

QUÆST.

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS SEPTIMA.

QUÆST. I.

An secundum utilitatem contrahentium dolum & culpa sit præstanda?

Quod sic,

1. **I**N contractibus, *inquit Ulpianus*, interdum dolum solum, interdum & culpam, præstamus, dolum in deposito, Quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolum solum præstatur, Sed ubi utriusque utilitas versatur, ut in empto, locato, in fœderate, in dote, in pignore, & dolum, & culpa præstatur, Commodatum autem, plerumque solum ejus utilitatem continet cui commodatur, & ideo verior est sententia *Q. Mutii*, existimantis, & culpam præstandam & diligentiam. *D. 13. 6. 5. S. 2.*

2. Contractus quidam, *inquit idem*, Dolum tantum duntaxat recipiunt, quidam & dolum & culpam. Dolum tantum depositum, & precarium, dolum & culpam, commodatum, pignori acceptum, vendi-

venditum, locatum, Item dotis datio, Tutelæ, Negotia gesta, (In his quidam, & diligentiam) Societas & rerum communio & dolum, & culpam recipiunt. D. 50. 17, 23.

3. Cum quid, *inquit Africanus*, tibi legatum, fideique tuæ commissum est, ut mihi restituas, si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat, in eo legato exigendo, alioquin & culpam te mihi præstare debere, existimavi, sicut in contractibus bonæ fidei servatur, ut siquidem utriusque commodum versatur, etiam culpa, sin unius solius, Dolus malus tantummodo præstetur. D. 30. 1, 108. S. 12.

De iisdem contractibus in specie item confirmatur.

1. Is apud quem res aliqua deponitur, *inquit Justinianus*, ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpæ autem, id est, desidiæ, & negligentia nomine non tenetur. Itaque qui rem, parum diligenter custoditam furto amiserit, securus est, Quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed facilitati suæ, id imputare debet. *Id 3. 45 S. 3. Ins!*

Is, *inquit Gaius*, apud quem rem aliquam deponimus de ea re quam accipit restituenda tenetur. Quia vero non sua gratia accepit, in eo solo tenetur, si quod dolo perierit, Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. D. 44. 7. 1. S. 5

2. Quicquid, *inquit Justinianus*, sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus. I. 3. 24 S. 3. est, adde l. 54. D. de actionibus empti.

3. Servum meum mulionem, *inquit Labeo*, conduxisti, negligentia ejus mulus tuus periit, Etsi ipse eum locassem, dico, non ultra me tibi præstaturum, quam dolum malum, & culpam meam abesse. D. 19. 2, 60. S. 7.

Socius, *inquit Gaius*, socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ, & negligentia, culpa autem

328 *Questionum Juris Civilis*

tem ad non exactam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus quis adhibere solet, Quia qui parum diligentem socium sibi acquirit, de se queri debet, *add. l. 52. S. 2. D. pro socio. D. 17. 2, 72.*

5. Maritum, in reddenda dote, *inquit Paulus*, de dolo & culpa cavere oportet, Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier juraverit, quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat, *D. soluto matrimonio, l. 25. S. 1.*

6. Si Creditor, *inquit Alexander Imp.* sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, id restituere non cogitur, sed si culpæ reus deprehenditur quanti Debitoris interest, condemnari debet. *C. 4. 24. §.*

7. In rebus commodatis, *inquit Gaius*, talis diligentia, præstanda est, qualem diligentissimus Paterfamilias rebus suis adhibet, ita tamen ut eos casus non præstet, quibus resisti non potest, &c. *D. 13. 6, 18.*

Quod non,

1. Quia qui nullam utilitatem percipit ad plus quam dolum præstandum tenetur, utpote Tutor, negotiorum gestor mandatarius & depositarius.

1. A Tutoribus, & Curatoribus Pupillorum, *inquit Callistratus*, eadem diligentia exigenda est, circa administrationem rerum Pupillarium, quam Paterfamilias rebus suis, ex bona fide præstare debet. *D. 26. 7, 33.*

Resp. Quod tutela est munus publicum, & intuitu Pupillorum, qui suis rebus prospicere non possunt impositum, & in *l. 23. D. de regulis juris*, inter ea habetur in quibus & dolus & culpa sunt præstanda, & cum Patris loco Tutores, & Curatores

ratores sint, in culpa videri possunt, si non in rebus pupillorum administrandis, diligentiam adhibeant quam Patresfamilias rebus suis bona fide adhibere solent.

2. Sicut is, inquit *Iustinianus*, qui utiliter negotia gessit, Dominum obligatum habet, ita contra & is se tenetur, ut administrationis rationem reddat, Quo casu ad exactissimam quoque diligentiam rationem reddere compellitur, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet. *l. 3. . 28. /*

Resp. Quod negotia gesta etiam, *l. 23. D. de reg. juris*, inter ea numerantur, in quibus & dolus & culpa sunt præstanda, & cum negotiorum gestor non rogatus, in alterius negotia se ultro ingerit, videtur tacite se diligentem profiteri, & quod, ait *Iustinianus*, eum ad exactissimam diligentiam teneri, non simpliciter intelligendum est, sed prout idem addit si modo alius eo diligentior, commodius negotia administraturus erat.

3. In re mandata, inquit *Constantinus*, non pecuniæ solum, sed etiam existimationis periculum est, Nam suæ quidem rei quisque moderator atque arbiter, non omnia, sed pleraque ex animo proprio facit. Aliena vero negotia, exacto officio geruntur, nec quicquam in earum administratione neglectum, culpa vacuum est. *C. 4. 35, 21.*

Resp. Quod qui aliquid alicui mandat, eum ut peritum agendi, gerendi deligit, vel se offerentem, & in se onus suscipientem admittit, unde pro natura suscepti negotii, ad id quod culpa caret obligetur.

4. Quod *Nerva*, inquit *Celsus*, diceret, latiore culpam dolum esse, *Proculo* displicebat, mihi vero verissimum videtur, Nam & si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstet, fraude non caret, nec enim salva fide

328 *Questionum Juris Civilis*

tem ad non exactam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus quis adhibere solet, Quia qui parum diligentem socium sibi acquirit, de se queri debet, *add. l. 52. S. 2. D. pro socio. D. 17. 2, 72.*

5. Maritum, in reddenda dote, *inquit Paulus*, de dolo & culpa cavere oportet, Quod si dolo malo fecerit, quo minus restituere possit, damnandum eum, quanti mulier juraverit, quia invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat, *D. soluto matrimonio, l. 25. S. 1.*

6. Si Creditor, *inquit Alexander Imp.* sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, id restituere non cogitur, sed si culpæ reus deprehenditur quanti Debitoris interest, condemnari debet. *C. 4. 24, 6*

7. In rebus commodatis, *inquit Gaius*, talis diligentia, præstanda est, qualem diligentissimus Paterfamilias rebus suis adhibet, ita tamen ut eos casus non præstet, quibus resisti non potest, &c. *D. 13. 6, 18.*

Quod non,

1. Quia qui nullam utilitatem percipit ad plus quam dolum præstandum tenetur, utpote Tutor, negotiorum gestor mandatarius & depositarius.

1. A Tutoribus, & Curatoribus Pupillorum, *inquit Callistratus*, eadem diligentia exigenda est, circa administrationem rerum Pupillarium, quam Paterfamilias rebus suis, ex bona fide præstare debet. *D. 26. 7, 33.*

Resp. Quod tutela est munus publicum, & intuitu Pupillorum, qui suis rebus prospicere non possunt impositum, & in *l. 23. D. de regulis juris*, inter ea habetur in quibus & dolus & culpa sunt præstanda, & cum Patris loco Tutores, & Curatores

ratores sint, In culpa videri possunt, si non in rebus Pupillorum administrandis, diligentiam adhibeant quam Patresfamilias rebus suis bona fide adhibere solent.

2. Sicut is, *inquit Justinianus*, qui utiliter negotia gessit, Dominum obligatura habet, ita contra & ictē tenetur, ut administrationis rationem reddat, Quo casu ad exactissimam quoque diligentiam rationem reddere compellitur, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet. l. 3. .28. /

Resp. Quod negotia gesta etiam, l. 23. D. de *neg. juris*, inter ea numerantur, in quibus & dolus & culpa sunt præstanda, & cum negotiorum gestor non rogatus, in alterius negotia se ultro ingerit, videtur tacite se diligentem prosteri, & quod, *ait Justinianus*, eum ad exactissimam diligentiam teneri, non simpliciter intelligendum est, sed prout idem addit si modo alius eo diligentior, commodius negotia administraturus erat.

3. In re mandata, *inquit Constantinus*, non pecuniæ solum, sed etiam existimationis periculum est, Nam suæ quidem rei quisque moderator atque arbiter, non omnia, sed pleraque ex animo proprio facit. Aliena vero negotia, exacto officio geruntur, nec quicquam in earum administratione neglectum, culpa vacuum est. C. 4. 35, 21.

Resp. Quod qui aliquid alicui mandat, eum ut peritum agendi, gerendi deligit, vel se offerentem, & is se onus suscipientem admittit, unde pro natura suscepti negotii, ad id quod culpa caret obligetur.

4. Quod Nerva, *inquit Celsus*, diceret, latiore culpam dolum esse, *Proculo* displicebat, mihi vero verissimum videtur, Nam & si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præster, fraude non caret, nec enim salva fide

330 *Questionum Juris Civilis*

fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam præstabit. *D. 16. 3. 32.*

44-7.15 *Resp.* Quod circa depositum magna negligentia in doli crimen cadit, *D. de obligat. & action. l. 1. §. 5.* & proinde etiam in eo qui depositum suscepit, non ea diligentia requiritur cujus hominis natura capax est, id est maxima, eum tamen quam in rebus suis custodiendis quis adhibet, non adhibere, magnæ negligentiae, vel latæ culpæ annumerari potest.

2. *Quia, in contractibus, in quibus utriusque contrahentis utilitas versatur, præter dolum & culpam, etiam diligentia & custodia sunt præstanda.*

1. *Dolum & culpam, inquit Ulpianus, recipiunt venditum, locatum, pignoris acceptum, Item dotis datio, & tutelæ, & negotia gesta, (In his quidem & diligentiam) ex quibus verbis inferri potest, quod præter dolum, & culpam levem, etiam culpa levissima in singulis sit præstanda. D. 50. 17. 23.*

Resp. Quod editio vulgaris loco verbi quidem, habet ex his quidam, ut sensus sit quosdam ex contractibus prænominatis diligentiam exigere, & post alios *Cujacius*, hanc clausulam restringit ad quatuor contractus, scil. commodatum, mandatum, negotiorum gestionem, & tutelam, alii, & rectius recenta lectione *Florentina*, ex filo Orationis censent, hanc clausulam ad tres tantum contractus ultimo nominatos pertinere, quandoquidem ubi ad eos ventum est, nova periodus, ita concipitur, Item dotis datio, tutelæ, & negotia gesta, quibus illico subjicitur, In his quidem & diligentiam, nec verisimile est *Ulpianum* de contractibus, quæ in præcedenti periodo recensentur sensisse, & quare in tutelis & negotiis gestis diligentia sit requisita superius responsum est, dotis etiam causa in jure, est maxime favorabilis.

2. Ven

2. Venditor domus, *inquit Paulus*, antequam eam tradat, & custodiam, & diligentiam præstare debet, & custodiam, *inquit idem*, venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem, quam in rebus suis adhiberet. D. 19. 1. 36. D. 18. 6, 3.

Resp. Quod circa rem venditam diligens custodia est præstanda, quia ad ~~emptorem~~ *emptorem* pertinet rem venditam emptori salvam tradere, & quod dicitur eum custodiam talem præstare debere, qualem commodatarius, hoc postea declarat, ut magis exactam præstet quam in rebus suis, sed non talem qualem diligentissimus Paterfamilias præstare solet, quæ à commodatario exigitur, l. 18 D. commodati.

19. 6. 18

3. Qui pro usu vestimentorum, *inquit Justinianus*, aut argenti, aut jumenti mercedem dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus Paterfamilias suis rebus adhibet, & qui ad columnam, *inquit Gaius*, transportandam conduxit, si dum ea tollitur, aut portatur, aut reponitur fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius, aut eorum quorum opera usus est, culpa, id acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset, Idemque etiam ad res cæteras transferri potest. l. 3. 25 S. ~~fm~~ S. D. 19. 2, 25. S. 7.

Resp. Quod à *Justiniano* superlativus ponitur pro positivo. Diligentissimus scil. Paterfamilias pro diligenti, quemadmodum è contra ab eodem aliquando exacta diligentia pro exactissima usurpatur, *Instit.* Quibus modis re contrahitur, S. 2. Ita *Pacius*. Alii vero quos magis probat *Alciatus* & *Molineus* distinguunt inter res quæ facile atteri & depretiari possunt, ut vestes, & aliæ res quæ friabiles sunt & frangibiles, ut columnæ, & res solidæ quæ non ita facile atteruntur, & depretiantur, quales sunt, ædes, fundus, equus & similia, & censent

332 *Quæstionum Juris Civilis*

centent circa res prioris generis, quia majori cura indigent, culpam levissimam, circa res posterioris generis culpam levem tantum præstandam esse, & quamvis *Gaius* dicat, id quod de columna traditur, ad cæteras res transferri posse, intelligendum est, de rebus cæteris ejusdem conditionis.

4. Venit in hac actione, id est, pignoratitia, inquit *Ulpianus*, & dolus, & culpa ut in commodato. *D. 13. 7. 12. 1*

Resp. Quod in actione pignoratitia venit dolus, & culpa, sicut in commodato, sed diversa ratione, Nam in lege 14. sequenti, subjungitur, "Ea quæ diligens Paterfamilias in rebus suis præstare solet," cui diligentiae opponitur solum levis culpa, In commodato vero requiritur ea diligentia, quam diligentissimus Paterfamilias adhibet, cui opponitur culpa etiam levissima.

3. *Quia in contractu in quo quis solus lucrum caput, is ad diligentiam præstandam non tenetur.*

1. Culpam, inquit *Ulpianus*, non præstat is qui precario rogavit, sed solum dolum præstat, quanquam is qui commodatum accepit, non solum dolum sed etiam culpam præstat. *D. 43. 26. 8. S. 3.*

Resp. Quod commodatum est quod ad certum tempus conceditur, sed qui precario dat, ea potest quandocunque vult repetere, & precarium ex liberalitate ejus descendit, qui concessit, & satis est si dolus tantum præstetur, quia culpam non satis custodiæ rei reposcere liberalitati repugnat.

Hæc quæstio statuitur de iis quæ in contractibus veris, & quasi contractibus, naturaliter præstanda sunt, cum res aliena quæ aliquandiu apud alium fuit, restituenda sit, in quo, ut nonnullis videtur, clavis totius fere tractatus, de contractibus, & commerciis hominum inter se vertitur, De qua quæstione dispiciendum. 1. Quis sit contractuum finis. 2. Quæ sunt causæ,

vel

vel
quar
runtu
1. U
vendi
cipiat
dato
tate,
rei D
vel
Mand
stionu
vissim
posito
oport
admi
quoad
viori
omitti
munis
cum
vel or
& op
adhib
profer
quis e
vel o
gentia
diligen
re in f
dum
hentis
depon
tractib
utriusc
dito,
lus &
recipie

vel Occasiones præstationum. 3. Quæ sit ratio quare in Contractibus præstationes speciales requiruntur. 1. Finis Contractuum est quintuplex. 1. Ut res salva custodiatur, ut in Deposito & re vendita. 2. Ut usus, fructusve alicujus rei percipiat, ut in Locato, Dote dato, Commodato, Precario. 3. Rei communitas, ut in Societate, & rerum Communione. 4. Pro securitate rei Detentio ut in Pignore. 5. Rei alienæ gestio, vel Administratio, ut in Negotiorum gestione, Mandato & Tutela. 2. Causæ, vel Occasiones præstationum sunt, Dolus, Culpa levis, & Culpa levissima. 1. Dolus est, cum consulto five ex proposito circa rem alienam, vel faciendo quod non oportuit, vel omittendo quod fieri oportuit, quid admittitur & opponitur Bonæ fidei, cui etiam quoad effectum æquiparatur Culpa lata, ex qua graviore negligentia circa res alienas quid vel fit, vel omittitur, & opponitur Diligentia quæ est communis omnium hominum. 2. Culpa levis est, vel cum ex leviori ignorantia, vel negligentia, id fit vel omittitur, quod fieri, vel omitti non oportuit, & opponitur diligentia quam quis in propriis rebus adhibere solet, & plerumque cum culpa simpliciter profertur, intelligitur. 3. Culpa levissima est, cum quis ex minima ignorantia, vel negligentia id facit, vel omittit, quod non debuit, & opponitur Diligentia Exactæ vel Exactiori, quam Patresfamilias diligentissimi in rebus suis adhibent. 3. Ratio quare in singulis Contractibus plus vel minus sit præstandum generaliter, & naturaliter est utilitas contrahentis, quæ, 1. Cum nulla sit ejus apud quem res deponitur, Dolum solummodo, qui ab omnibus Contractibus abesse debet, præstare tenetur. 2. Cum utriusque contrahentis utilitas vertitur, ut in Vendito, Locato, Societate, Dote, & Pignore Dolus & Culpa levis sunt præstanda. 3. Cum solius recipientis utilitas versatur, ut in commodato, in eo non

334 *Questionum Juris Civilis*

non solum culpa levis, sed etiam levissima præstari debet. Hæc videtur *Ulpiani* sententia in *l. 5 S. 2. D. Commodati* *Jacobus Gotofredus* tamen ex ejusdem *Ulpiani* verbis in *l. 23. D. de regulis juris*, & aliis legibus aliud observat, & in hac materia jurisconsultos alios ab *Ulpiano*, & *Ulpianum* à seipso dissentire animadvertit, nec negandum est, in nonnullis contractibus prout ex iis apparet quæ superius obijciuntur, & quibus respondetur, alias præstationes ab his regulis diversas ob alias rationes speciales constitutas esse, & tamen plerique tam veterum, quam recentiorum interpretum generalem præstationis diversitatem, ad utilitates contrahentium referunt.

Vid. DD. ad l. 5. S. 2. D. commodati, & ad l. 23. D. de Reg. Juris, ex recentioribus, Martinum Del Rionem & Jacobum Gotofredum ad eandem legem. Hunnium, lib. 3. tit. 7. part. 2. quest. 6. Bronchurst. cent. 2. assert. 33.

QUEST.

QUÆST. II.

*An quis alteri ad præstandum casus
fortuitos teneatur?*

Quod non,

A Nimalium casus, inquit *Ulpianus*, mortes, quæque sine culpa accidunt, fugæ servorum qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, imperus prædonum, à nullo præstantur. *D. 50. 17. 23.*

2. Quæ fortuitis casibus accidunt, inquit *Alexander*, cum prævideri non potuerint, nullo bonæ fidei iudicio præstantur. *C. 4. 24. 6.*

3. Si incursum latronum, inquit *Alexander*, vel alio casu fortuito, apud interfectum deposita perierint, ad heredem ejus qui depositum accepit, non pertinent. *D. 4. 34. 1.*

4. In iudicio tam locati quam conducti, inquit *Dioclet. & Maxim.* dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest venire constat. *C. 4. 28.*

5. In negotiorum gestorum actione, inquit *Papinianus*, culpam æstimari satis est, non etiam casum. *D. 3. 5. 32.*

6. Si Magistratus, inquit *Ulpianus*, ab initio Tutorem idoneum dederit, & satis exegit, quamvis postea facultatibus lapsi sint Tutores, vel fidejussores, nihil est quod ei imputetur, Non enim debet Magistratus fortuitos casus & fortunam Pupillis præstare. *D. 27. 8. 12 Idem de Administratione rerum ad tutatatem pertinent. l. 2. S. 7. similiter. D. 50. 8. 2. 7*

Quod sic,

Is qui mutuum accepit, inquit *Gaius*, si quolibet

336 *Quaestionum Juris Civilis*

bet casu quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet. *D. 44. 7. 48.*

Resp. Quod in mutuo transfertur rei dominium, & proinde quomocunque res perit, dominus perit, id est ei, qui mutuum accepit, nec ejus amissione Obligatio tollitur ejus quantitatibus quæ debetur, quia quantitas debita perire non potest.

2. Rogastime, *inquit Ulpianus*, ut tibi pecuniam crederem, ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummis uteris, si lancem, vel massam auri, antequam venderes, sine culpa perdideris, &c. Si non fui hoc proposito, ut venderem, sed hæc fuit causa vendendi, ut tu nummis uteris eam tibi periisse *Nervus* existimavit. *D. 12. 1. 11.*

Resp. Quod in hoc casu non dicitur, quomodo lanx, vel massa perdita sit, & quamvis dicatur sine culpa ejus qui accepit Doctores intelligunt, sine culpa ejus levi, ita ut culpa ejus levissima intervenire potuerit, & cum ejus solitus utilitas verteretur, sicut in Commodato, ad culpam etiam levissimam, & casum qui ex ea sequebatur præstandum tenebatur.

3. Si cui, *inquit Gaius*, ideo argentum commodarim, quod is amicos ad cœnam se invitaturum diceret, & id secum peregre portaverit, sine ulla dubitatione, Latronum, Piratarum, & Naufragiorum casum præstare debet. *D. 13. 6. 18.*

Resp. Quod commodatarius propter majores casus non tenetur, si modo ipsius culpa casus non intervenit, *inquit Justinianus Instit.* Quibus modis re contrahitur, *S. 2.* & culpam statuit si quis id quod domi utendum commodatum est peregre secum ferat, & vel incursum hostium prædonumve vel naufragio amiserit, non est dubium quin de ea re restituenda teneatur.

4. Si quis, *inquit Ulpianus*, nec causam nec

propon-

propositum fœnerandi habuerit & tu empturus prædium pecuniam mutuam desideraveris, nec volueris ante quam emisisses, crediti nomine suscipere, atque ita Creditor qui forte proficiscendi necessitatem habuit, hanc pecuniam apud te deposuit, ut si emisisses Crediti nomine obligatus esses. Hoc depositum periculo ejus est, qui suscepit. *D. 12. 1. 4*

Resp. Quod hoc casu depositarius de casu fortuito tenetur, quia ejus gratia depositum est, & naturam mutui sapit, quod *Ulpianus* innuit cum dicat, nam qui rem vendendam accepit, ut pretio uteretur, suo periculo rem habet.

5. Si quis, *inquit Ulpianus*, vina vendiderit & intra certum diem degustanda, nigerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, &c. dicendum est periculum, etiam ultra diem, ad degustandum præfixum, ad venditorem respicere. *D. 18. 6. 4*

Resp. Quod in hoc casu periculum ad venditorem pertinebat, quia in mora fuit, ne vina degustarentur, ex quo periculum ad emptorem pertinuisse.

6. Lectos emptos, *inquit Paulus*, cum in via publica positi essent, *Ædilis* concidit, si non traditi essent, venditoris erit periculum. *D. 18. 6. 12.*

Resp. Quod venditor tenetur, rem venditam donec tradatur, salvam custodire, & cum Lectos in via publica, ubi transeuntibus impedimento erant, posuerit, occasionem, quam prævidere potuerit, *Ædili* dedit, ex qua conciderentur.

3. Vis major, *inquit Gaius*, quam Græci Θύεσις, id est, vim divinam appellant, non debet conductori damnosa esse, si plusquam tolerabile est, fructus læsi fuerint, eodem tendit, *l. 30. S. 1. D. Locati. D. 19. 2. 25. S. 6.*

Resp. Quod in iis casibus non alias à Locatore damnum ex fortuito casu præstatur, quam quod fiat remissio mercedis, respectu rei qua conductor uti non potuit.

338 *Quæstionum Juris Civilis*

De hac quæstione communiter, sic statuitur, Quod de casu fortuito, qui impedit ne contractus impleatur, contrahens non tenetur nisi in mora vel in culpa fuerit, priusquam casus fortuitus contingerit, De mora habetur in *l. 5. D. de rebus creditis*, ubi *Pomponius*, Quod te mihi dare oportet, inquit, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. De culpa probatur, *l. 10. D. commodati*, ubi *Ulpianus*. Eum, qui rem commodatam accepit, inquit, si in eam rem quam accepit usus est, nihil præstare oportet, si eam in nulla parte culpa sua deteriore fecit, Nam si culpa ejus deteriore fecit, tenebitur. An vero & quando ob fortuitum casum quem culpa præcessit quis teneatur, *Bartolus* sic distinguit, Quod aut culpa ordinata est ad casum, & aut casus propter illam sequutus est, & tunc tenetur de casu *l. si ut certo, S. interdictum. D. commodati*, aut casus nihilominus contigisset, etsi culpa non intercessisset, & tunc aut culpa fuit commissa in faciendo, & factum aut cadebat in delictum, circa rem ipsam, & tenetur de casu fortuito postea eveniente, *l. Ita vulneratus, D. ad l. Aquil.* aut circa rei usum, & non tenetur de tali casu postea eveniente, *l. qui furtum, D. de consti. furtiva*, aut factum non cadebat in delictum, & tunc non tenetur de casu, *l. fin. S. 1. D. ad l. Rhodiam*, aut culpa non est ordinata ad casum, quia ex illa casus nullo modo potuit contingere, & tunc non est cur de casu teneretur, *l. Non omne D. de statu liberis*.

Vid. DD. imprimis Bartolum, ad l. 5. S. 10. D. Commodati, Donellum Comment. lib. 13. cap. 7. Morlam, tit. 10. quæst. 7. Bronchurst. cent. 2. assert. 16.

QUÆST

QUÆST. III.

*An qui rem æstimatam recepit suo
periculo restituere teneatur?*

Quod sic,

1. **Æ** Stimario, inquit Ulpianus, facit periculum ejus qui suscepit, aut igitur debet rem ipsam reddere, aut æstimationem de qua convenit, L. 5. §. 3. D. Commodari similiter, D. 19. 3. 1.

2. Plerumque, inquit idem, interest vii, res non esse æstimatas, ideo ne periculum earum ad eam pertineat, maxime, si animalia in dotem acceperit, vel vestem qua mulier utitur, eveniet enim, si æstimata sint, & ea mulier attrivit ut nihilominus maritus earum æstimationem præstet. D. 23. 3. 10. l. 5. D. soluto matrimonio similiter.

3. Si res, inquit idem, in dotem datæ fuerint, quamvis æstimatæ, verum convenerit, ut aut res, aut æstimatio præstetur, si quidem adjectum fuerit, utrum mulier velit, ipsa eliget utrum petere malit, rem, an æstimationem, verum si adjectum fuerit utrum maritus velit ipsius erit electio, aut si nihil de electione, adicitur, electionem maritus habebit, utrum malit, res offerre, an pretium earum, Nam cum illa, aut illa res promittitur, Rei est electio, utram præstet, sed si res non præstet, maritus æstimationem omnimodo præstabit. D. 23. 3. 10. §. 6.

Quod

Quod non,

1. Servos, *inquit Papinianus*, inter cohæredes tempore divisionis æstimated, non emendi, sed dividendi animo pretiis ascriptos videri placuit, quare suspensa conditione, mortui tam hæredi quam fidei commissario depereunt, ubi *Bartholus* æstimationem, *inquit*, quæ fit tempore divisionis emptionem non facit. *Vid. Cujacium. 24. observat. 27. D. 10. 1. 34.*

Resp. Quod æstimationem periculum sequitur quando ex ea dominium quasi transfertur, sed in divisione familiæ eriscundæ causâ, quamvis res æstimantur, non emendi, *inquit Jureconsultus*, sed dividendi animo pretiis ascribuntur, ut integrum sit, ei cujus interest, ex causâ repudlare.

2. Damna, quæ imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, *inquit Ulpianus*, socii præstare non cogentur, ideoque si Pecus æstimatum datum sit, & latrocinio perierit, commune damnum est, si nihil dolo, aut culpa ejus acciderit, qui æstimatum pecus accepit. *D. 17. 2. § 2. S. 3.*

Resp. Quod quando in societate Pecus æstimatum alicui datur, non in alium finem datur, quam ut is cujus culpa damnum contingit, ejus periculum præstet, prout sequitur in eadem lege, si à furibus subreptum esset, proprium ejus detrimentum est, Quia qui Pecus æstimatum accepit, ejus custodiam præstare debet.

3. Si margarita tibi æstimata dederò, *inquit idem*, ut aut eadem mihi adferres, aut pretia eorum, deinde ante venditionem, hæc perierunt, Quæritur cujus periculum sit? *Labro ait*, si quidem ego venditor te rogavi, meum periculum esse; si tu me tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus teneri te hæctenus ut dolum, & culpam mihi præstes. *D. 19. 5, 17.*

Resp. Quod æstimatio in hoc casu facta videtur respectu

respectu pretii, res vendendæ, non recipientem ad restitutionem obligandi causa, & proinde periculum ad eum pertinere debebat, cuius gratia venditio fienda erat, non vero ad eum cui res traditæ sunt, nisi in dolo, aut culpa levi fuisset, aut alterius negotio se ingessisset, quo casu culpa ab eo etiam levissima præstanda erat.

4. *Æstimatis rebus in Dotem datis, inquit Scaevola*, pactum intercessit, ut quacunque ex causa Dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur, habita ratione, augmenti, & diminutionis, boni viri arbitrato, earum vero quæ non extarent æstimatio. Quæsitum est, Cum res quædam, quas maritus vendiderat extarent, an secum dum pactum, etiam hæc ad mulierem pertinerent? Responsum. Si res quæ extant, neque volente, neque ratum habente muliere, venerint, perinde reddendas, atque si nulla æstimatio intervenisset, unde colligi potest, si res casu perissent periculum earum ad maritum non pertineret, quia mulier earum dominium retinuit. *D. 24.*

3. 50.

Resp. Quod in hoc casu pactum interpositum est fecit, ut perinde negotium esset, ac si nulla æstimatio intervenisset.

5. Si inter Virum & Uxorem, *inquiunt Diocletianus & Maximinianus*: pactum sit ut si matrimonium intra quinquennii tempora, quoquo modo esset dissolutum, species Doti datæ æstimatæ, pretiis quibus æstimatæ sunt redderentur, manifestum est non pretia specierum dari, sed ipsas species debere restitui, cum in placitis specierum reddendarum, idcirco pretiorum nomen annexum videatur, ne si species aliqua diminuta esset aut deperdita, alio pretio quem taxata fuit, reposceretur, Ergo si non liberum sit marito rerum æstimationem dare, nec necesse est eum earum periculum sustinere. *C. 5.*

12. 27.

Q 3

Resp.

342 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod hoc in casu etiam propter pactum à libertate præstationis vel rerum vel æstimationis per maritum recessum est, ut cum in *l. ro. S. 6. D. de jure dotium* ut mulier utrum velit eligere possit, & proinde res ipsæ æstimatæ, si existent integræ ab uxore repeti possunt, si vero deterioratæ, vel diminutæ sunt maritus damnum secundum æstimationem factam & non ultra præstare debet.

De hac questione *Barolus* sic distinguit, Quod aut res æstimata traditur simpliciter, vel cum aliquo adjuncto. 1. Si res tradatur simpliciter, aut est in contractu de cujus natura est ut transferat dominium, & aut illius naturæ congruit, ut æstimatio inducat emptionem, & ex ea transit periculum ut in *l. Plerumque D. de jure dotium*, aut ejus naturæ repugnat, ut æstimatio faciat emptionem, & ex ea non transit periculum, ut in *l. servos D. familie erciscunde*, aut est ex ejus natura ut pro parte transferat dominium, pro parte non transferat, ut in societate, & tunc pro ea parte, qua transfert, transit periculum, pro alia parte, non transit, *l. Cum duobus, S. Damni D. pro Socio*, aut agitur in contractu de cujus natura non est, ut transferat dominium estque vel contractus nominatus, in quo venit culpa levis, & æstimatio facit, ut quis de culpa levissima teneatur, disti *l. Cum duobus S. Damni*, aut culpa levissima, & tunc æstimatio facit ut quis teneatur de casu fortuito, aut est, contractus innominatus ut cum res æstimata vendenda traditur, & tunc aut æstimatio refertur ad rem traditam, & facit periculum transire in recipientem, *l. 1. in fine D. Æstimatoria actione*, aut refertur ad rei venditionem, & æstimatio non facit transire periculum, aut dubitatur qualiter æstimatio facta fuerit, & idem est, *l. si gratuitam S. 1. D. de præscriptis verbis*. 2. Si rei æstimatæ aliquid adjectum sit, aut agitur quod æstimatio reddatur, non res, & tunc est emptio, & sine dubio ad accipientem spectat periculum, *l. Necif-*

1. *Necessario. D. de periculo & com. res venditæ,* aut agitur, quod reddatur res non æstimatio & tunc non transit, aut agitur quod tradatur res, vel æstimatio, & in contractu cuius natura est transferre dominium, facit transire periculum rei peremptæ, non deterioratæ, in contractu de cuius natura non est transferre dominium, & tunc idem quod quando res traditur æstimata simpliciter.

Vid. Glossam & DD. imprimis Bartolum, l. 5. S. 3. D. Commodat.

Q U Æ S T. IV.

An qui rei periculum in se suscipit, ad præstandum casus fortuitos teneatur?

Quod non.

1. **O**bligations generali, inquit *Ulpianus*, ea non continebuntur, quæ verisimile est quinquam non specialiter obligaturum fuisse. *D. 20. 1. 6.*

2. *Alumnos suos, inquit Severus & Antoninus,* & res cæteras, quas credibile est in eum specialiter pignori daturum fuisse, Generali pacti conventionione, quæ de bonis suis facta est, in causâ pignoris non fuisse, rationis est. *C. 8. 7. 1.*

6. *Siquis, inquit Sævola,* Pecuniæ negotia gessit usuras quoque præstare cogitur, & periculum eorum nominum quæ ipse contraxit, nisi Debitores fortuitis casibus, ita fortunas suas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatæ, solvendo non sint. *D. 3. 5. 37. S. 1.*

4. Sæpe evenit, inquit *Ulpianus*, ut res deposita, vel nummi periculo ejus sint, apud quem deponuntur.

344 *Questionum Juris Civilis*

tur, ut puta si de hoc nominatim convenit. Sed & si quis se deposito obtulit. *Johannes ait* eum Periculo depositi se alligare, ita tamen, ut non solum Dolum sed & Culpam, & Custodiam præstet, non tamen Casus fortuitos. *D. 16. 3. 1. S. 35.*

5. Opus, *inquit Florentinus* quod Aversione locatum est, Conductoris periculo est, donec approbetur, si vero vi majori Opus interciderit, priusquam approbatum sit, Locatoris periculo est nisi aliud actum sit. *D. 19. 2. 36.*

Quod sic.

1. Si plures gradus sint hæredum, *inquit Paulus*, & scriptum sit hæres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba Quisquis mihi hæres erit. Itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare, Ex his nominatim damnare debet, unde *Bartolus* infert, Quod Oratio indefinita æquipollet Universali. *D. 32. 1. 97.*

Resp. Quod in Dispositione favorabili, Oratio indefinita pro universali haberi potest, sed in materia Obligatoria, promiores nos esse debere ad negandum, *l. 47. D. de obligat. & att.*

2. Si vinum venditum, *inquit Ulpianus*, acuerit, vel si quod aliud vitium sustinuerit, quemadmodum si vasis contusus vinum esset effusum, vel qua alia ex causa, Emptoris erit damnum, sed si venditor Periculo se subjecit in id tempus Periculum sustinebit quoad se subjecit, quod si non designavit tempus eatenus, periculum sustinere debet, quoad vinum degustetur. *D. 18. 6. 1.*

Resp. Quod venditor nomine Periculi tenetur de vino effuso, vel ex simili causa deperdito, item de vino deteriorato, tanquam de Casibus improvisis & ex rei vitio, vel Culpa sua provenientiis, non de Casibus fortuitis, ut puta si Latrocinio, vel incendio pericrit.

3. Si in venditione conditionali, *inquit Idem*,
hoc

hoc ipsum convenisset, ut res Periculo Emptoris servaretur, pactum valet, & de quocunque periculo intelligitur. *D. 18. 6. 10.*

Resp. Quod in hoc Casu Emptor cujus periculo res servatur, ad quodcunque periculum tenetur, quia cum rem non possideat, periculum ex Culpa subire non potest, & ut verba aliquid operentur ad Casus fortuitos periculum extenditur.

4. Et *Aristoni & Celso* placuit, inquit *Neratius*, posse rem hac conditione deponi, mandatumque suscipi, ut res Periculo ejus sit, qui depositum, vel mandatum suscepit. *D. 17. 1. 39.*

Resp. Quod ex Conventionione res potest esse Depositarii, vel Mandatarii periculo, sed ita ut Depositarius qui sine conventionione tenetur de Dolo tantum, praestet etiam Casum ex Culpa levi, & Mandatarius qui alias non tenetur nisi de Culpa levi, teneatur etiam ad Casum ex Culpa levissima provenientem, neuter vero teneatur de Casu fortuito, qui absque ulla culpa contingit,

5. Si Gemma, inquit *Ulpianus*, includenda, aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem ex vitio materiae factum sit, non erit Locati actio, si imperitia facientis erit, Huic sententiae addendum nisi Artifex in se periculum quoque receperit, tunc etsi vitio materiae id evenit, erit ex Locato actio. *D. 19. 2. 13. S. 5.*

Resp. Quod Artifex tenetur ad damnum ex rei vitio cujus periculum, sua peritia fretus, in se suscepit, quia se ultro huic periculo obtulit; quod si alias Casu fortuito utpote latrocinio, vel incendio gemma periisset, periculum ad ipsum non pertineret.

6. Cum proponas, inquit *Diocletianus & Maximinianus*, te nauticum foenus dedisse, ut post Navigium quod in Africam dirigi, debitor adseverabat, in Salonitarum portum nave delata foeneris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii duntaxat, quod in Africam destinabatur periculum susciperes,

346. *Quæstionum Juris Civilis*

suscipiens, perque vitium Debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis mercibus comparatis, quæ navis continebat fiscum occupasse. Amissarum mercium detrimentum, quod non ex maris tempestatis discrimine, sed ex præcipiti avaritia, & incivili Debitoris audacia, accidisse adleveratur, ascribi tibi Juris publici ratio non permittit, quibus apparet, quod ex causa nautici fœnoris quis ad præstandum periculum maris tempestatis, quæ est Casus fortuitus, obligari possit. *C. 4. 33. 1.*

Resp. Quod Nauticum fœnus est, cum quis Navigaturo pecuniam credit, ea conditione ut si navis ad portum destinatum salva pervenerit, eandem, cum majoribus usuris recipiat, sin vero marina tempestate prius perierit, ipsam sortem cum usuris amittat, in quo casu fortuiti Casus periculum subit, quia maris tempestatis, Piratarum, & similium Pericula, contrahentes præcipue, respicere intelliguntur.

Bartolus de hac quæstione sic distinguit. Quod qui periculum in se suscipit, aut se Casus fortuitos suscepturum expresse convenit, & de omni Casu fortuito tenetur, *l. Qui fortuitis in fine, C. de Fignorat act.* aut non expresse convenit de Casu fortuito, sed simpliciter periculum id se recipit, & tunc aut, est is, ad quem periculum ante contractum pertinebat & tenetur de Casu fortuito, *l. Periculi D. de Nautico fœnore* aut ante Contractum ad periculum non tenebatur, & tunc, aut apud eum est rei possessio, & ex natura Contractus venit Culpa levis, & tenetur de levissima, *l. Opus D. Locati*, aut venit Culpa levissima & tenetur, de Casu fortuito, aut Possessio rei non est apud eum qui suscepit periculum, & tunc tenetur de Casu fortuito, *l. si in venditione. D. de periculo & commodo rei vendite*, quia circa rem Culpam committere non potest, & periculum in aliquo ultra Culpam versari debet. *Petrus de Sancterna*, in tractatu de Assurationibus, affirmat, quod verbum Periculum est, generale

generale, & comprehendit non minus Casum im-
provisum, qui præter expectationem, ex Culpa ali-
qua provenit, quam Casum fortuitum, cui resisti
non potest & ait, Quod periculum simpliciter pro-
latum, intelligendum sit, de periculo Casus impro-
visi, non de Periculo Casus fortuiti idque quam
plurimum DD. autoritatibus confirmat, sed quando-
que etiam ad casum fortuitum refertur, ut aliquid
operetur, & pro subjecta materia, de qua profertur,
ut cum quis periculum suscipit, rerum per mare
transvehendarum, intelligitur de Casu adversæ tem-
pestatis, Piratarum, & aliorum quæ in mari con-
tingere solent, quia verisimile est contrahentes
de his sensitse. Hunnius vero statuit, Quod qui
suscipit periculum ad Casus fortuitos indistincte te-
neatur.

*Vid. Bartolum ad l. 4. S. Quæsitum, D. si quis
Cautionibus, Santernam, tract. de Affecurat.
part. 4. Hunnium lib. 3. tract. 7. p. 2. q. 4.*

QUÆST. V.

*An qui fortuitos casus in se susce-
pit ad præstandum insoli-
tos teneatur?*

Quod non,

1. **E**A quæ raro accidunt, inquit *Julianus*, non
temere in negotiis agendis computantur, &
In obscuris, inquit *Paulus*, inspicere solet,
quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet.

D. 50. 17. 64. D. 50. 17. 114.

2. Medico *Sempronio*, inquit *Papinianus*, quæ
viva præstabam, dari volo. Ea videntur relicta quæ
certam formam Erogationis annuæ, non incertam
liberalitatis voluntatem, habuerunt, ubi *Bartolus*
notat Dictum generale ad extraordinaria non referri.

D. 33. 1. 10. S. l.

3. Quæsi-

348 *Questionum Juris Civilis*

3. Quæsitum est *inquit Ulpianus*, An possit conveniri, Ne in promissione deserta, judicio sistendi causa facta, ulla exceptio objiciatur, & *Atlicinus ait*, Conventionem non valere, nisi specialiter causæ Exceptionum expressæ sint, quibus à promissore sponte renunciatum est, unde inferitur, Quod renunciatio Casuum fortuitorum non valet, nisi specialiter exprimantur. *D. 2. 11, 4. S. 4.*

Quod sic :

1. Qui jure militari testatur, *inquit Ulpianus*, & si uxorem prægnantem ignoravit, hoc tamen animo fuit ut vellet, quisquis sibi nasceretur, ex hæredem esse, testamentum non rumpitur, unde inferitur, quod qui in genere aliquid voluit, videtur de specie, de qua non cogitavit, idem velle. *D. 29. 1, 7.*

Resp. Quod hoc verum esse possit, in iis de quibus quis in genere consentit, non ita in iis quæ quis indefinite in se suscepit, cum non est verisimile, eum singula in specie præstari voluisse.

2. Si inter contrahentes convenerit, *inquit Alexander* ut amissio pignorum liberet Debitorem, Creditor pignora, quæ Casu fortuito perierunt, præstare non compellitur, sed à petitione Debiti submovetur. *C. 4. 24, 6.*

Resp. Quod in hac lege Imperator loquitur de fortuitis Casibus in genere, & in specie de aggressura Latronum, quæ potest videri Casus insolitus, & tamen comprehenditur sub Casibus fortuitis in genere, cujus ratio esse potest, quia facilius est causa Liberationis, quam Obligationis.

3. Si incursum Latronum, *inquit idem*, vel alio casu fortuito ornamenta deposita perierunt, si specialiter convenit, detrimentum ad eum qui depositum suscepit, pertinet. *C. 4. 34, 1.*

Resp. Quod Imperator dicit si specialiter convenit de incursum Latronum, vel alio casu fortuito, ubi expressio primum majori casu fatali, similes, vel

vel minores intelligi possunt, non ita ubi in genere tantum, vel indefinite de Casibus fortuitis convenit.

4. Julianus dicit, *inquit Ulpianus*, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi majori acciderit hoc ei præstaretur, pacto standum esse. *D. 19. 2. 9. S. 2.*

Resp. Quod non est dubium quin qui expresse Casus insolitos præstare paciscitur, ex pacto obligetur sed non ideo sequitur, quod qui non expresse de insolitis pactus est, ad insolitos casus teneatur, tanto magis quod in hujusmodi pactis, Contractibus adjectis, interpretatio fieri debeat contra eum qui apertius dicere potuit, *l. 39. D. de Pactis.*

5. Si cum frumenta, *inquit Labeo*, quæ in herbis erant, vendidisses, dixisti, te siquid vi, aut tempestate factum esset præstaturum, ea frumenta Nives corruerunt; si immoderatæ fuerunt, contra Consuetudinem tempestates, agi tecum ex Empto poterit. In hac specie *inquit Vinnius*, si venditor Casus forte eventuros, in se non suscepisset, Emptor de frumento, immoderata nive corrupto, nullam cum eo actionem habuisset, At recepta in se Casus fortuiti præstatione, de eo quod tempestate contigit, ex Conventionem tenebatur. *D. 18. 1. 78. S. 3.*

Resp. Quod in hac specie Labeo non dicit siquid Casu fortuito in genere, vel indefinite, sed si quid vi, aut tempestate factum esset, venditorem præstaturum, id est, si quid Casu fortuito insolito contigisset; & proinde si immoderatæ, contra consuetudinem, Nives frumentum corruerunt, cum eo agi posse, Quia scilicet ejusmodi casuum periculum expresse in se suscepit.

De hac quæstione paucae sunt, in alterutram partem, directæ legum authoritates, de ea vero, non parva est inter Doctores dissentio. *Barolus* sic distinguit. Quod quando quis in se suscepit Casus fortuitos,

fortuitos, aut suscepit circa Contractum, aut circa Conventionem Judicalem. 1. Si suscipiat circa Contractum, aut exprimit se suscipere periculum Casus fortuiti simpliciter, & tunc de omni casu fortuito tenetur, *l. 1. Quae fortuiti in fine C. de Fignor, actione in fine.* aut quosdam Casus expressit & subjunxit clausulam sonantem de periculo in aliis, & tunc tenetur de Casibus similibus, & minoribus, non vero de majoribus, *l. 4. S. quesitum D. si quis Cautionibus.* 2. Si in conventionem Judiciali & tunc si submittat se Casibus fortuitis simpliciter, talis Conventio non valet, si specialiter, & expresse se submittat, valet, *Mantica* affirmat. Quod si aliqui Casus fortuiti, exempli causa, enumerantur, de aliis similibus Pactum est intelligendum, Quod si quidam casus specialiter causa limitandae obligationis, exprimantur quod ex verbis, & conjecturis concipi potest, Pactum de similibus non est intelligendum.

Vid. Pro parte negativa Bartolum, *l. 4. S. quesitum. D. si quis cautionibus*, Anchoranum *Quaest. lib. 3. cap. 36. & quam plures qui ab eo recensentur, Mantica de ambiguis. & tacitis Conventionibus lib. 5. tit. 8. Gotofred. ad l. 7. D. de Contr. Empti Pro parte affirmativa, Arium Pinellum ad l. 2. C. de rescind. vendit. Fachinæum *Controvers. lib. 1. cap. 86. Hunnium, lib. 3. tr. 7. part. 2. quaest. 5. Bronthurst. Miscel. Cent. 1. Afferi. 15. & novissime Vinnium, l. 2. cap. 1.**

QUAEST

QUÆST. VI.

*An ex qua persona quis lucrum capit ejus
factum præstare debeat?*

Quod scilicet,

1. **E**X qua persona quis lucrum capit, inquit *Ulpianus*, ejus factum præstare debet. D. 50. 17. 149.

2. Si quis, inquit *Gaius*, negotia absentis gesserit, licet ignorantis, quicquid tamen utiliter in rem ejus impendit, habet eo nomine actionem, Et sane sicut æquum est, ipsum actus sui rationem reddere & eo nomine conveniri, ita ex diverso justum est, si utiliter gesserit, præstari ei, quicquid eo nomine vel ei abest, vel abfuturum est. D. 3. 5. 2.

3. Æquum Prætori visum est, inquit *Ulpianus*, sicut commoda sentimus, ex actu Institutorum, ita etiam nos ex Contractibus eorum obligari, & conveniri. D. 14. 3. 1.

4. Cum propter necessitatem navigandi, inquit *idem*, cum Magistris navium contrahimus, interdum ignari ejus sunt conditionis, vel quales, Æquum fuit eum qui magistrum-navi præposuit teneri, ut tenetur qui Institorem tabernæ, vel negotio præposuit. D. 14. 1. 1.

5. Si Mulier, inquit *Triphoninus*, in fundo suo Marito usufructum statuerit, qui non utendo ipse perit, si quidem Dominium fundi est apud mulierem, nihil jam in Dote habet quod actione Dotis ab eo consequatur, cui quod non utendo, usufructum amisit, imputari non potest, ex quo ipsa (plenum Dominium acquirendo) lucrum habet. D. 23. 3. 78. S. 2.

6. Si is qui omisit causam testamenti, inquit *Ulpianus*, non solus, sed cum alio hæreditatem possidet,

352 *Questionum Juris Civilis*

possidet, rectissime *Julianus* ait, in eum quoque dandam actionem. Nec enim aspernari debet, obesse sibi, factum hæredis scripti, cui etiam profuerit. *D. 29. 4. 10.*

Quod non

1. Definimus, inquit *Justinianus*, ut sive Procurator &c. Aut alius quispiam, per quem nobis est licentia possidere, possessionem corporaliter nactam dereliquerit, vel alii prodiderit, ut locus alii aperitur, eandem possessionem detinendi, nihil penitus præjudicii Domino generetur, Ne ex aliena malignitate, alienum damnum emergat. *C. 7. 32. 12.*

Resp. Quod jure veteri, si Procurator, vel Colonus sfonte possessione discesserat, & alius possessionem acquisivisset, Dominus naturalem possessionem amisit, *D. de acqu. r. poss. l. 40. S. 1.* Civilem tamen retinebat & ad naturalem recuperandam, Conditionem tantum habuit, Et hæc Constitutione *Justinianus* non definit, quod acquisitio possessionis quæ dolo, vel negligentia Procuratoris vel Coloni amissa erat, esset irrita, sed ut idem recuperandi possessionem remedium competeret, & Procurator sive Colonus competentibus actionibus subjugarentur, ad præstandum scil. damnum, quod eorum Culpa, vel negligentia Dominus sustinuit.

2. Procurator, inquit *Gaius*, ut in cæteris negotiis, ita & in litibus, ex bona fide rationem reddere debet, & quod consequutus est solvere, & quod solverit contrario mandati judicio recuperare, Quod vero ex delicto suo præstitit, recuperare non debet. *D. 3. 3. 48. S. 4 & 5.*

Resp. Dominus Procuratori contrario mandati judicio tenetur, ad omne damnum quod sustinet ex eo quod secundum mandatum gessit, non ad id quod sustinet, cum præter mandatum deliquit, Cum

Cum ex suo delicto nemo actionem consequi debeat.

3. Siquis, *inquit Paulus*, negotia aliena gerens indebitum exigit, restituere cogitur, ei cujus negotia gestit, de eo autem quod indebitum solvit, magis est ut sibi imputare debeat. *D. 3. 5. 23.*

Resp. Quod quisque id quod in ejus commodum geritur ratum habere præsumitur, & proinde quod ei indebitum solvitur, ipsi est restituendum; Quod vero indebitum ejus nomine solvitur, quia inutiliter gestum est, ratum cum habere supponi non potest.

4. Si filius, aut servus, *inquit Gaius*, pactus sit, verum est quod *Juliano* placuit, etiamsi quis eorum peculii administrationem sibi concessam habeat, donandi causa, de pecunia non petenda pactus sit, Pactum conventum, (a Patre vel Domino) ratum haberi non debet, *l. 27. C. de Pactis similiter*, & tamen quicquid filii, aut servi acquirunt, Patribus & Dominis acquiritur. *D. 2. 14. 28. S. 2.*

Resp. Quod Pater, & Dominus pactum, vel factum filii, vel servi, quatenus ex eorum jussu aliquid gestum est, aut ex quo aliquid in eorum rem verum est, & quatenus peculium extendit ratum habere tenentur, In aliis vero quæ Patri, vel Domino sunt damnosa, eorum factum præstare non tenentur.

5. Cum propter injuriam filio factam, *inquit Gaius*, Pater habeat actionem, quin Pactio filii Patri agere volenti nocitura non sit, dubitari non oportet. *D. 2. 14. 30.*

Resp. Quod cum injuria facta est filio, duplex actio Patri datur, *l. 41. D. de injuriis*, altera ob injuriam filio, altera ob injuriam sibi in persona filii factam, & proinde quamvis filius actionem, quatenus ad se pertinentem, remittere potest, quo minus pater ob injuriam sibi in persona filii illatam agere possit, impedire non potest.

354 *Questionum Juris Civilis*

6. Si filiusfamilias, *inquit Ulpianus*, cornaculum conductum habeat, & inde dejectum, vel effusum sit, de peculio in patrem actio non datur. *D. 9. 3. 1. S. 7.*

Resp. Quod *Ulpianus* ait, Quod actio non datur, quia ex contractu actio non venit, Quippe actio de peculio contra patrem, tunc solum datur, cum ex contractu orta est obligatio, Cum vero dejectum, vel effusum quid est, ex quo alteri damnum datur, obligationem ex quasi delicto parit.

7. Servus tuus cum actio, *inquit Labeo*, pecuniam in sequestre deposuit, ea conditione, ut si tuam esse probasses, tibi redderetur, sin minus ut actio redderetur, Responsum est, Dominum, cum eo apud quem deposita est posse incerti agere, id est, ad exhibendum, & exhibitam vindicare, Quia servus in deponendo jus Domini deterius facere non potuit. *D. 16. 3. 33.*

Resp. Quod hoc verum est, quia secundum Juris regulam generalem, *l. 133. D. de Reg. Juris.* Melior conditio Domini per servum fieri potest, deterius non potest.

Personae ex quibus alii lucrum capiunt, vel necessariae sunt, ut filiusfamilias, & servi, vel voluntariae, aut ex conventionione, ut Procuratores, Institores, Magistri navium, vel sine conventionione ut negotiorum gestores, & qui alicujus juris auctores sunt, ut a quibus dos constituitur, vel in haereditate succeditur.

1. Filiusfamilias, & servi, quicquid acquirunt, Patribus & Dominis acquirunt, & eorum factum Patres, & Domini ex jure civili praestare tenentur, quatenus eorum conditio ex aliorum facto melior redditur. *l. 133. D. de Reg. Jur.*

Jure etiam Praetorio Patres & Domini etiam de eo quod jussu, & quod in rem versum est, & quoad peculium eorum obligantur.

2. Domini Procuratorum, Institorum, & Magistrorum navium facta rata habere tenentur, quatenus ex eorum mandato aliquid gestum est, & in iis quorum

quorum causa præpositi sunt. Negotiorum gestorum, & ejus qui dotem constituit, vel hæreditariis particeps est, facta ab aliis sunt præstanda, quatenus ab iis utiliter quid gestum est, & ex quo aliorum conditio fit melior.

Vid. Glossam & DD. Interpretes Juris Civilis ad l. 149. D. de Regulis Juris.

Q U Æ S T. VII

An qui in alterius locum succedit ejus contractum præstare debeat?

Quod non,

1. **E**mplorem fundi, inquit *Alexander Imp.* necesse non est stare Colono, cui prior Dominus locavit, nisi ea lege emit. C. 4. 65. 9.

2. Quicquid in fundo nascitur, inquit *Paulus*, ad fructuarium pertinet, Pensiones quoque agrorum jam antea locatorum, si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sunt, sed ad Exemplum venditionis, nisi specialiter exceptæ fuerint, usufructuarius conductorem repellere potest. D. 7. 1. 59. S. 1.

3. Qui fundum fruendum, inquit *Gaius*, vel habitationem alicui locavit, si ex aliqua causa fundum, aut ædes vendat, curare debet, ut apud emptorem, eadem pactione, & Colono frui, & Inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus, ab emptore scilicet agat cum eo, id est, venditore, ex conducto. D. 19. 2. 25. S. 1.

4. Qui fundum Colendum plures annos locaverat, inquit *Julianus*, eum legavit, & decessit, *Cassius*, negavit, Colonom cogi posse ut eum fundum colat.

356 *Questionum Juris Civilis*

colat, quia nihil hæredis interest. Quod si Colonus vellet colere, & ab eo cui legatus est, prohibeatur, cum hærede Colonus actionem habet, & hoc detrimentum ad hæredem pertinebit. *D. 19. 2, 23. l. 120. D. de Legat. I. similiter.*

5, *Lucius Titius, inquit Scaevola*, Epistolam talem misit Ille illi salutem, Hospitio illo quam diu voveris uteris, & superioribus diætis omnibus, idque gratuito te ex voluntate mea facere hac Epistola, notum tibi facio, Quæsitum An hæredes ejus habitationem prohibere possint? Responsum est secundum ea quæ proponerentur, Hæredes ejus voluntatem mutare posse. *D. 49. 5. 52.*

Quod sic.

1. Quod ipsis qui contraxerunt obstat, *inquit Ulpianus*, & successoribus eorum obstabir. *D. 50. 17. 143.*

Resp. Quod is qui succedit, ex titulo universalis, ut Hæres, ex testamento, vel ab intestato, ex ejus cui succedit, Contractu personali obligatur, & proinde id ei obstat quod defuncto obstabat; qui vero succedit ex titulo particulari, ut Emptor, in id duntaxat Obligatur, quod ex Contractu alterius, Rei incumbit, Obligatio vero personalis, non sequitur possessionem.

2. Siquis fructus, *inquit Ulpianus*, ex prædio Debitoris capi poterit, hunc Creditor qui in prædii possessionem missus est vendere vel locare debet, sed hoc ita demum si antea à debitore neque vænierit, nec locatus fuerit. *D. 24. 5. 8. S. 1.*

Resp. Quod Creditor qui in rei possessionem mittitur, non acquirit rei dominium, sed ejus custodiam tantum nanciscitur, & quamvis fructus prædii Debitoris vendere vel locare potest, hoc facere tenetur, ad commodum Debitoris, nec quod à Debitore locatum est, retrahere permittitur.

3. Si is, inquit *Ulpianus*, cujus Tutela administrata est, iudicio Tutelæ agat, si forte Tutor pecunias Pupilli nomine crediderit, quarum exigendarum dies nondum venit, dicendum est diem creditæ pecuniæ expectandum, unde *Gotofredus* infert, Quod idem dici potest, de Locatione à Tutore facta, ut ante tempus finitum, revocari non possit. D. 26. 7. 8.

Resp. Quod *Ulpianus* loquitur, de pecunia Pupilli nomine à Tutore credita, & idem forte dici potest, de prædiorum locatione, Pupilli nomine à Tutore facta, in quibus Pupillus Tutoris facto contravenire non potest, Quia quod ejus nomine à Tutore fit, ab ipso factum intelligitur, l. 4. in fine, D. de Manu-
missis vindicta.

4. Si vir, inquit *Paulus*, in quinquennium fundum locaverit, & post primum annum divortium intervenèrit, *Sabinus* ait, non aliter mulieri fundum reddi oportere, quam si caverit, si quid maritus, præter unius anni locationem damnatus sit, id à se præstaturum iri, ubi *Glossa* tradit quod locationi factæ à marito uxor stare tenetur, & ideo de ejus interesse cavere debet, si forte ad præstandum reliquum tempus à conductore conventus fuerit. D. 24. 3. 25. S. 4.

Resp. Quod maritus habet plenam administrationem rei dotalis, & uxor post divortium succedit ex causâ necessaria, cui maritus leges dare non potuit, nec fuit in ejus potestate conductori prospicere, secus est, quando quis succedit, ex causâ voluntaria, qualis est emptio, & venditio, in qua venditor conductori prospicere potest, nec verum est quod in hoc casu veteres Interpretes notant, uxorem cogendam stare locationi à marito factæ, sed sufficit si caverit, se casu quo conductorem expulerit, maritum indemnem servaturum.

5. Qui in perpetuum fundum à municipibus conduxerunt, *inquit idem Paulus*, quamvis Domini non efficiantur, Placuit tamen in rem actionem iis competere, adversus quemlibet possessorem, (scilicet etiam à municipibus jus habentem.) *D. 6. 3. 1. S. 1.*

Resp. Quod in eadem lege, *Paulus ait*, Quod qui in perpetuum fundum conduxerunt, habent in rem actionem, cujusmodi actio rem ipsam sequitur, & competit contra quemvis possessorem.

6. Idem est, *inquit Paulus*, si ad tempus conductum habuerint, nec tempus conductionis finitum sit. *D. 6. 3. 3.*

Resp. Quod *Accursius*, quem *Gotofredus* sequitur, verba ad tempus, ad tempus non modicum interpretantur, *l. 1. S. 3. D. de superficiebus*, ubi traditur, Quod ei qui ad tempus non modicum superficiem conduxit, in rem actio competit.

7. *Aquilius Regulus juvenis, inquit Papinianus*, ad *Nicostratum* Rhetorem, ita scripsit, Quoniam & cum Patre meo semper fuisti, & me eloquentia tua, & diligentia meliorem reddidisti, dono, & permitto tibi, habitare in illo coenaculo, eoque uti, Defuncto *Regulo*, *Nicostratus* habitationis controversiam patiebatur, & cum ea de re mecum contulisset, Dixi, Posse defendi non meram donationem esse, sed *Regulum*, Magistri officium mercede quadam remuneratum, & ideo non videri sequentis temporis donationem irritam esse. Contra id quod traditur, in *l. 32. D. eod.*

Resp. Quod id quod traditur, in *l. 32. D. de donat.* refertur ad donationem meram, quæ à voluntate donantis pender, & proinde verba illa quamdiu volueris, *Antonius Faber*, ita emendat, quamdiu voluerim, ut donationis finis, in donatoris voluntatem, non in donatarii referatur, quam voluntatem sicut donator, ita & hæredes ejus mutare poterunt, in *l. 27. Papinianus*, statuit de donatione remuneratoria, quæ magis ex merito, quam ex donantis voluntate

luntate proficiscebatur, & proinde revocari non debuit.

Bartolus, de hac quaestione, ita statuit, Quod aut loquimur de successore universali, & non est dubium quin contractum defuncti præstare teneatur, *l. Heredes D. de reg. juris*. Aut de successore singulari, & contrahens aut habet jus in re ipsa constitutum, & successor etiam præstare tenetur, aut jus habet, in aliquo præterquam in re ipsa fundatum, & tunc successor aut succedit in plenum jus ex causa necessaria, & tenetur aliquo modo præstare, *l. 25. S. 4. D. Solut. matrimonio*, aut succedit ex causa voluntaria, & non tenetur, *l. emptorem C. Locati*, aut succedit in jus minus plenum, ut missus in possessionem rei servandæ causa, & hic contractum etiam præstare tenetur, *l. in vendition. S. 1. D. de Bonis auctoritate judicis possidendis*.

Vid. Glossam & DD. ad l. 9. C. Locati Bartolum ad l. si filiofamilias. S. si vero D. soluta matrimonio Duarenum ad eandem legem, Antonium Fabrum, conjec. 2. Morlam, tit. 10. quest. 2.

Q U Æ S T. VIII.

An quod ex mora, vel culpa rei deberi contingit, fidejussor ejus præstare teneatur?

Quod non,

U Nicuique, inquit *Paulus*, sua mora nocet, quod & in duobus reis promittendi observatur, Ergo multo magis in reo, & fidejussore. *D. 50. 17. 173. S. 2.*

2. Quicquid, inquit *Celsus*, astringendæ obligationis

360 *Questionum Juris Civilis*

gationis causa est, id nisi palam exprimatur, omnium intelligendum est. *D. 45. 1. 99.*

3. Cum stipulamur, *inquit Paulus*, quicquid te dare, facere oportet, id quod presenti die debetur, duntaxat in stipulationem deducitur. *D. 45. 1. 76. S. 1.*

4. Pro *Aurelio Romulo* conductore vectigalis, *inquit Paulus*, Petronius Thrallus, & alii centum annua fidejusserunt, Bona fiscus ut sibi obligata occupaverat, & conveniebat fidejussores, tam in sortem quam in usuras, qui deprecabantur, Lecta subscriptione fidejussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverant, non in omnem obligationem, Imperator decrevit, fidejussores in usuras non teneri, sed quicquid ex bonis fuisset redactum prius in usuras cedere, reliqua in sortem, & ita in id quod defuisset, fidejussores conveniendos. *D. 46. 1. 68. S. 1.*

5. Centum Capuæ stipulatus, *inquit Africanus*, fidejussorem accepisti, ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, &c. nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri. *D. 13. 4. 8.*

6. Cum Procurator in rem agebat, *inquit Paulus*, Cautionem dederat Dominum rem ratam habiturum, postea victo eo, Dominus reversus, iterum de ea re agebat, & cum reus haberet possessionem noluit eam restituere, & ideo magno condemnatus est, In amplius fidejussores ejus non tenentur, Hoc enim non debet fidejussoribus imputari, quod illi propter poenam suam præstitit. *D. 46. 1. 73.*

Quod sic,

1. Cum reus moram fecit, *inquit Paulus*, & fidejussor tenetur. *D. 22. 1. 24. S. 1.*

Resp. Quod mora rei principalis, sicut facit

ut quamvis res debita perierit, obligatio in personam ejus perpetuetur, ita etiam facit obligationem durare in personam fidejussoris, l. 91. S. 4. D. de verb. obligat, sed non facit, ut augeatur obligatio fidejussoris, propter moram rei principalis, ut ille quoque ad usuras teneatur.

2. Si postea quam Pupillus ad pubertatem pervenerit, inquit Africanus, Tutor in restituenda tutela aliquandiu moram fecerit, certum est, & fructuum nomine, & usurarum medii temporis, tam fidejussores, quam ipsum teneri. D. 46. 6. 10.

Resp. Quod hoc speciali favore Pupillorum indulgentum est, contra fidejussores tutorum eorundem, ut ad omnes accessiones teneantur, ex Mora & Culpa Tutorum, l. 3. S. 7. D. de fidejussoribus Tutorum.

3. Qui fidejusserunt pro conductore Vectigalium, inquit Ulpianus, in universam conductionem, in usuras quoque jure conveniuntur. D. 50. 8. 12. S. 2.

Resp. Quod in Conductione vectigalium multa specialiter recepta sunt, cum ad utilitatem publicam pertineant, & inter alia jus singulare habetur, ut Fidejussores Conductorum in omnem causam obligentur, nisi aliter in cautione expressum sit, ut in l. 68. S. 1. D. de fidejussoribus.

4. Bellissime quaeritur, inquit Ulpianus, An hæc stipulatio (scil. cautionis legatorum causa) incrementum ex fructibus, vel usuris sentiat, & recte placuit stipulationem ex mora incrementum habituram. D. 36. 1. S. 13.

Resp. Quod stipulatio fidejussoria Legatorum causa, introducta est jure Prætorio, & in stipulatione Prætoriana, prout in Judiciali, omnes rei accessiones in futurum comprehenduntur, l. 1. D. de Prætoriana stipulatione.

5. Si nummos alienos, inquit Paulus, quasi tuos mutuos dederis, sine stipulatione, nec fidejussorem

rem teneri *Pomponius* ait, Quid ergo si consumptus nummis nascatur condictio, puto fidei iussorem obligatum fore, in omnem enim causam, acceptus videtur. *D. 46. 1. 56. S. 2.*

Resp. Quod in hoc casu obligatio non augetur, sed obligatio infirma, respectu principalis debiti, confirmatur, mutuum enim rei alienæ; per consumptionem ejus reconciliatur, sed non in alio præterquam sorte, *l. 13. & l. 19. S. ult. D. de Rebus Creditis.*

6. Fidejussores à Colonis datos, inquit *Papinianus*, etiam ob pecuniam dotis prædiorum, teneri convenit, cum ea quoque species, locationis vinculum ad se trahat, id est, ad æstimationem instrumentorum, quæ prædiis, sic attribuuntur, ut dos nuptiis. *D. 46. 1. 52.*

Resp. Quod *Papinianus* non loquitur, de fidejussore Coloni, qui in certam summam, pro mercede locationis, præstandam intervenit, sed de eo, qui à Colono datus est simpliciter, vel in causam condictionis, qui perinde tenetur, ac si promississet locatorem indemnem fore.

7. Quæro, inquit *Ulpianus*, an fidejussor conductionis nomine, pecuniarum non illatarum, etiam in usuras teneatur, nec profint, ei constitutiones, quibus cavetur, eos qui pro aliis pecunias exolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere? Responsum, si in omnem causam conductionis fidejussor se obligavit, Eum quoque, exemplo Coloni, pensionum tardius illatarum usuras præstare debere. *D. 19. 2. 54.*

Resp. Quod in eadem lege *Paulus* rationem reddit, cum dicat, usuræ enim in bonæ fidei judiciis, etsi non tam ex obligatione proficiantur, quam ex officio judicis applicentur, tamen cum fidejussor in omnem causam se obligavit æquum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, &c.

8. Si cum ab omnibus hæredibus legatum esset, inquit

inquit Idem Paulus, ab uno ex hæredibus Legatorum nomine satis accepimus, si pars Cohæredis accrescat promissori, si solidum legatum is debere cæperit, fidejussores in totum tenentur, & sic aucta ex post facto obligatione promissoris, augetur etiam obligatio fidejussorum. *D. 46. 3. 17.*

Resp. Quod id quod ex jure accrescendi venit, & debetur, non venit ex Mora, neque ex causa aliqua postea emergente, sed vi principalis obligationis, quia ea est conditio cohæredum, ut qui ex iis hæreditatem adiit, cogatur etiam invitus deficientis portionem cum onere accipere, ne quis pro parte intestatus decedat *l. 19. S. his ita C. de caducis tollendis* qua de causa & fidejussores eo casu obligantur virtute principalis obligationis.

9. In fidejussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserat, *inquit Ulpianus*, tanti, quanti ea res erit, Prætor dat actionem, quod utrum veritatem contineat, an quantitatem certam, videamus? & melius est ut in veram quantitatem, fidejussor teneatur, nisi pro certa quantitate accedat, *Gaius* addit siue in duplum sit actio, siue tripli, aut quadrupli, tanti eundem fidejussorem teneri dicemus. *D. 2. 8. 2. & 3.*

Resp. Quod fidejussor datus pro alio iudicio sistendo, in veram quantitatem, id est, quanti Actoris interest, & in quantum is pro quo fidejussit, tenetur, quia actio semper qua reus convenitur, originatim in id competebar, idque fidejussor scivit, aut scire debuit.

De hac quæstione *Vinnius* ita statuit. Quod cum Moræ duplex sit effectus, unus ut in omnibus tam stricti juris, quam bonæ fidei contractibus, res debita post moram perempta, adhuc debeatur, alter ut in bonæ fidei Contractibus usuræ, & fructus præstentur; Prioris respectu non minus fidejussor quam principalis, ex mora tenetur, posterioris vero respectu, fidejussor nisi in omnem causam fidei jussit,

rit, ex mora non tenetur, verbum causæ plerumque significat, omnem utilitatem rei, & negotii de quo agitur, utpote usuras, fructus, & alias accessiones, *l. Quæro D. Locat. & l. 20. D. de rei vindicatione*, Fidejussor, si in certam summam se obligavit, in usuras se obligasse non videtur, *l. 68. S. 1. D. de fidejussoribus*, tunc tenetur, cum vel expresse in hæc se obligavit, vel in omnem causam, Cum stipulamur, inquit *Paulus*, quicquid te dare, facere, oportet id quod præsentī die debetur, duntaxat in stipulationem ducitur, quod si quis totum demonstrare velit, dicit te dare facere oportet oportebirve, quibus verbis etiam futura obligatio continetur, *l. 76. & 89. D. de verb. obligat.* Et idem in fidejussione intelligi potest, In bonæ fidei vero contractibus, ad hoc ut fidejussor in omnem causam intercessisse videatur, non necesse est hæc verba, aut similia exprimere, sed sufficit simpliciter v. g. in causam conducti, aut empti citra mentionem certæ quantitatis, fidem suam astrinxisse.

Vid. Bartolum ad l. Si post moram, nu. 1. D. de eo quod certo loco. Hunnium, lib. 3. tr. 5. q. 8. Vinnium, lib. 2. cap. 10.

Q U Æ S T. IX.

An rei debite, cujus solutioni tempus non est præstitutum, æstimatio, secundum inceptum judicium sit præstanda?

Quod sic,

1. **V**inum, inquit *Julianus*, quod mutuum datum erat, per judicem petiturum est. Quæsitum est, cujus temporis æstimatio fieret, utrum cum datum esset, an cum lis contestata fuisset.

set, an cum res iudicaretur? *Sabinus* respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si non quanti tunc, cum petitum esset. *D. 12. 1. 22.*

2. Si merx aliqua, *inquit Gaius*, quæ certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem æstimandam *Cassius* ait, quanti fuisset, eodem die, si de die nihil convenit, quanti tunc cum iudicium acciperetur. *D. 13. 3. 4.*

3. Quoties, *inquit Julianus*, in diem, vel sub conditione, oleum quis stipulatur, ejus æstimationem spectari oportet, quo dies obligationis venit, tunc enim ab eo peti potest, alioquin rei captio erit. *D. 45. 1. 59.*

4. Vulgo receptum est, *inquit Papinianus*, ut quamvis in personam actum sit, post litem contestatam tamen, causa præstetur, cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet. *D. 22. 1. 4.*

Quod non,

1. *Quia æstimatio ejus temporis est spectanda quo contractum fuit.*

1. In contrahendo, *inquit Pomponius*, id quod agitur, pro cauto habendum est, Id autem agi intelligitur, ut quid ejusdem generis, & eadem bonitate solvatur, qua datum est, id est, cum contractum est. *D. 12. 1. 3. in fine.*

Resp. Quod vinum, vel res alia reddenda est eadem bonitate, qua data est, æstimatio verò vini, vel rei alterius, non data est, nec rei pars est, sed quid extrinsecum, & magis à rerum copia, vel inopia, quam à bonitate, aut conditione earundem pendet.

2. In stipulatione fundi, quanti est, *inquit Papinianus*, ea æstimatio venit, quæ tempore stipulationis fuit. *D. 46. 2. 37.*

Resp. Quod in hoc casu, tempus contractus respicitur, quia hæc verba, quanti fundus est, ad id

id tempus, quo stipulatio facta est, duntaxat referuntur, & idem ejus temporis, sola æstimatio, in stipulationem deducta est.

2. Cum quis, inquit *Africanus*, in diem merces stipulatus, fidejussorem accepit, ejus temporis æstimatio spectanda est, quo satis accepit, id est, quando ad fidejussorem, quo tempore se obligavit. *D. 44. 7. 22.*

Resp. Quod verba *Quo tempore satis accepit* non solum significant, cum fidejussio interposita est, sed etiam quo tempore fidejussio adimplenda est, ut Contraxisse unusquisque intelligitur, eo loco, in quo ut solveret, se obligavit, *l. 21. D. de obligat.* prioris sensu verba vitio non carent, quia contingere potest ut eo tempore, merx pluris sit, quam eo, quod à reo principali solutioni præstitutum est, contra Regulam, Quod fidejussor in majorem summam quam Principalis, obligari non potest, in posteriori sensu vitio carent, & tunc non tempus contractus fidejussoris, sed tempus à principali solutione præstitutum, spectandum est.

3. Si per venditorem vini, inquit *Pomponius*, mora facta sit, quo minus traderet, condemnari oportet quanti vinum fuit, eo tempore quo vœnit, id est quo contractum fuit. *D. 19. 1. 3. S. ult.*

Resp. Quod sicut quis eo loco contraxisse intelligitur, quo se soluturum recepit, ita vinum eo tempore vœnire, vel vendi dici potest, quo ex venditione tradi convenit.

2. *Quia æstimatio ejus temporis, quo res, post moram, plurimi fuit, sit spectanda.*

1. Si ex causâ furtiva, inquit *Ulpianus*, res condicatur, quæritur, cujus temporis æstimatio fiat. Et placet, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum fur rem deteriore factam dando non liberatur. Fur enim semper moram facere videtur. *D. 13. 2. 8. S. 1.*

Resp.

Resp. Quod in conditione furtiva agitur de re certa, quæ tractari, & auferri potest, quo casu æstimatio ad tempus moræ referenda est, secus est cum de vino, oleo, aut aliis quæ in genere consistunt, quæritur, quæ furto auferri non possunt.

2. *Marcellus* scribit, inquit *Idem*, æstimationem faciendam quanto res deterior facta sit, & ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, eum non liberari, quare ad tempus moræ in his æstimatio reducenda erit. *D. 13. 3. 3. in fine.*

Resp. Quod etsi in principio hæc lex ad res quæ in genere debentur, referri videatur, in sequentibus, de specie certa petita agitur, cum in definitione æstimationis quæ subjicitur hæc conditio adjiciatur, si res petita perierit, aut deterior facta sit, quæ de genere dici non possunt, & proinde hæc decisio non ad rem incertam, sed ad rem certam pertinet.

3. Cum per venditorem steterit, inquit *Paulus*, quò minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa rem ipsam consistit, neque enim si potuit ex vino negotiari, & lucrum facere, id æstimandum est, &c. nec major sit obligatio quod tardius agitur, quamvis crescat æstimatio, si vinum hodie pluri sit, merito, quia si datum esset, hoc emptor haberet, siue non, quoniam hodie saltem dandum est, quod jam olim dari oportuit. *D. 19. 1. 21. S. 3.*

Resp. Quod æstimatio refertur ad id tempus, quo per venditorem fit quo minus traderet, non quod statim in ejus temporis æstimationem condemnari debeat, sed quia priusquam moram fecerit, res adversus eum, non sit æstimanda, & quod dicit *Paulus* crescit obligatio, si hodie vinum pluri sit, intelligendum est hoc die quo agitur, quod idem est, ac si dixisset, Cum lis contestata est

Resp.

R 4

quod,

quod congruit *Pomponii* sententiae in l. 3. S. ult. col. 1^a. qui directe tradit, si per venditorem vini mora fuit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore vinum pluris fuit, vel quo vœnit, (id est quo convenit, ut traderetur) vel quo lis in contestationem deducitur, nulla consideratione moræ habita.

30. *Quis æstimatio temporis, post litem contestatam, & Condemnationis sit præstanda?*

1. Cum fundus, vel homo, inquit *Paulus*, per Conditionem petitur, Causa omnis post judicium acceptum est restituenda, id est omne quod actor habiturus esset, si litis contestatae tempore solutus esset. D. 12. l. 31.

Resp. Quod hoc in specie, vel re certa petita recte dicitur, quoniam si hæc recepta fuisset quandocunque vendi potuit. At cum vinum mutuo datum petitum est, vinum petitur, quod nusquam est, in rerum natura, & proinde cum constare non possit, quid Creditor servaturus esset, nec sequentium temporum pretium, eum habiturum fuisse, certum esse potest.

2. In hac actione, (id est triticaria) inquit *Ulpianus*, si quærat, cujus temporis æstimationem res quæ petita est, recipiat, verius est, quod *Servius* ait, Condemnationis tempus spectandum. D. 13. 3. 3.

Resp. Quod in hac lege etiam agitur, de specie five re certa, quæ quia omnibus temporibus debetur, & debetur qualis est, ideo si non præstetur omnium temporum, quibus plurimi fuit, æstimatio debetur, & proinde etiam ejus quo res judicatur.

3. In hac actione, id est Commodati, inquit *Ulpianus*, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus quanti res sit observatur. D. 13. 6. 3. S. 2.

Resp.

Resp. Quod integra verba *Ulpiani* hæc sunt, in hac actione sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, In litem juratur, & rei judicandæ tempus, quanti res est observatur, In litem vero non juratur, nisi ob dolum vel culpam ejus, qui rem non exhibet, vel restituit, quam debet, & permittitur cum res certa petitur, non cum id petitur quod in genere debetur.

Donellus ita censet, si in re æstimanda hoc quaeratur, non quanti sit jurejurando æstimata, sed quanti revera sit, æstimatione ex officio judicis (quæ in hac quaestione respicitur) unam hanc in omnibus judiciis distinctionem esse servandam, ut si res certa debeat, & petita sit, quanti unquam fuerit post moram, in tantum ejus æstimationis condemnatio fieri debeat, nec quicquam refert, utrum judicium quo agitur, sit bonæ fidei an stricti juris, sin autem vinum, oleum aut aliud genus debeat, & id æstimandum sit, non minus in judiciis bonæ fidei, quam stricti juris, si quo die res solveretur, non convenit, tempus litis contestatæ spectandum sit.

Vid. Bartolum ad l. 22. D. de rebus Creditis, Hotomannum, quest. illustrium 16. Donellum ad eandem legem, Hunnium, lib. 3. tit. 3. part. 2. quest. 20. Bronchurst. cent. 2. ass. 19. Pacium, cent. 3. quest. 72.

Q U Æ S T. X.

An qui occasionem damni dedit, ad id præstandum teneatur?

Quod sic;

1. **N** I H I L interest, inquit *Ulpianus*, occidat quis, an causam mortis præbeat, D. 48. 8. 15.

2. In hac actione, id est *Legis Aquiliæ*, inquit *Paulus*, & Dolus & Culpa punitur, ideoque si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendæ ejus causâ ignem immiserit, & ignis ulterius evagatus, & progressus, alienam segetem, vel vineam læserit, requiramus num imperitia, aut negligentia ejus id accidat, Nam si die ventoso id fecerit, Culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur, D. 9. 2. 30.

3. Mulionem, inquit *Gaius*, si per imperitiam, mularum impetum retinere non potueris, si ex alienum hominem obtriveris, vulgo dicitur, Culpæ nomine teneri, Idem dicitur, & si propter infirmitatem mularum impetum sustinere non potueris, Nec videtur iniquum, si infirmitas Culpæ annumeretur, cum affectare quisque non debeat id, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosa futuram. D. 9. 2. 8.

4. Si navis tua, inquit *Ulpianus*, in meam scapham impacta, mihi damnum dederit, ait *Proculus*, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, & culpa eorum factum sit, lege *Aquilæ* cum nautis agendum, quia parvi refert, navem immittendo, an scerraculum ad navem ducendo,

an tua manu damnum dederis, quia omnibus
hisce modis per te damno adficio. D. 9. 2. 29.
S. 3.

5. Cum à Lusitanis tres capti essent, inquit
Paulus, & unus ea conditione missus, uti pro
tribus pecuniam afferret, & nisi rediisset, ut duo
pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti
noluisset, & ob hanc causam illi pro tertio quo-
que pecuniam solvissent, Servius respondit, æquum
esse Prætozem in eum iudicium reddere. D. 3.
S. 21.

6. Conductor villarum, inquit Gaius, curam
agere debet, ut eas incorruptas habeat, Culpæ
autem ipsius annumeratur, si propter inimicitias
ejus vicinus arbores exciderit. D. 19. 2. 25.
S. 3.

7. In his rebus, inquit Javolenus, quas præ-
ter pecuniam numeratam vis doti habet, do-
lum malum, & culpam eum præstare, Servius
ait, Ea etiam sententia Publii Mucii est. Nam is
in Licinia, Gracchi uxore, statuit, quod res do-
tales, quæ in ea seditione, qua Gracchus oc-
cissus erat, periissent, quia Gracchi culpa ea se-
ditio facta esset, Licinie præstari oportere.
D. 24. 3. 66.

Quod non,

1. Celsus, inquit Ulpianus, multum interesse
dicit, quis occiderit, an causam mortis præstitit,
ut qui causam mortis præstitit, non Aquila,
sed in factum actione teneatur, unde asserit,
eum qui venenum pro medicamento dedit, causam
mortis præstitisse, quemadmodum qui furenti gla-
dium porrexit, nam nec hunc lege Aquila te-
neri. Et si Obstetrix, inquit Idem, medicamentum
dederit, & inde mulier perierit, Labeo distinguit,
quidam suis manibus supposuit, occidisse videtur,
fin

fin vero dedit, ut mulier sibi offerret, in factum actionem dandam, quæ sententia vera est. Magis enim mortis causam dedit quam occidit, contra id quod ab eodem *Ulpiano* traditur, in l. 15. *D. de sicariis* D. 9. 2. 9.

Resp. Quod inter causam, & factum, quoad legem *Cornelliam* de *Sicariis*, non distinguitur, quia ejus poena tenetur, non minus qui Dolo mortis causam præbuit quam qui dolo occidit, sed distinguitur in *Judicio legis Aquiliæ*, quia ex hac lege ita de *mun. directa actio* datur, si quis corpore suo culpa damnum dederit, sed si non corpore fuerit damnum datum, actio utilis, vel in factum datur, sed ad eandem poenam.

2. Qui domum habebat, inquit *Javolenus*, aream adjunctam ei domui vicino proximo locaverat, is vicinus cum in suo ædificaret, terram in eam aream, plusquam fundamenta cæmentitia locatoris erant, congestis, ea terra assiduis pluviis inundata, parietes ejus qui locoverat humore perstillato madefacto, ædificia corruerunt, *Labeo* ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione, postea damno fuit. Damni autem injuriæ actio ob ea ipsa sit, per quæ non extrinsecus, alia causa oblata, damno quis affectus est. *D. 19. 2. 57.*

Resp. Quod quamvis Actio damni injuriæ, hoc casu non competebat, quia præter voluntatem damnum contigit, quia tamen congestio terræ in area locata à Conductore imprudenter facta est, *Labeo* tamen Actione ex Locato agendum dicebat, ex qua is qui occasionem damni dedit ad id resarciendum cogi possit.

3. Exercitu veniente, inquit *Ulpianus*, Conductor migravit, deinde milites de hospitio fenestras, & cætera sustulerunt, si Dominus non denunciavit, & migravit, ex locato tenebitur sed si denunciare non potueris, puto eum non teneri. *D. 19. 2. 13. S. 7.*

Resp.

Resp. Quod in hoc casu Conductor non tenetur, quia in nulla culpa fuit, cum nec resistere, nec denunciare poterit, in culpa autem fuisset, & teneretur, si resistere, aut denunciare potuisset, prout in eadem lege deciditur.

4. Cum *Julius Paulus*, inquit *Justinianus*, descripsit Infantem non posse ab ultima hæreditate matris suæ repelli, nisi hoc odio mariti, ex quo infans genitus est, fecerit, Hoc iniquum judicantes ut alieno odio, aliis prægraveretur, penitus delendum esse sancimus, & hujusmodi causam non tantum infantibus, sed quamcunque ætatem agentibus, opponi minime concedimus &c. *C. 3. 28, 33. S. 1.*

Resp. Quod iniquum est aliud alterius odio prægravari, præsertim Patris sui, contra quem nullum remedium juris competit, sed si quis propter odium, aut inimicitias alterius, contra quem juris remedium conceditur, damnum sine aliqua culpa sua sustinuerit, non iniquum est, damnum passum, contra eum qui occasionem damni dedit, ad resarciendum damnum agere.

5. Grave est, inquit *Zeno Imperator*, & non solum Legibus, sed etiam naturali æquitati contrarium pro alienis debitis, alios prægravari, &c. *C. 11. 56, 1.*

Sancimus, inquit *Justinianus*, nullas omnino in posterum Pignorationes in nostra republica prævalere, &c. Nec enim rationem habet, alium quidem esse debitorem, alium vero exigere, *N. 52.*

Resp. Quod uti *Cujacius* refert, ad *l. 1. C. ut nullus ex Vicani*, aliquando usurpatum fuit, ut Vicani ex contractu Convicani, id est, hominis ejusdem villæ, teneretur, quoad verus debitor satisfecisset, quem morem prius *Zeno Imperator*, postea *Justinianus* sustulit scilicet, quoad subditos suos, qui cum Judicem superiorem haberent, ad Pignorationem reme-

remedium convolare, necesse non habebant, Meritis vero nostris, inquit *Grotius*, hoc jure urimur ut non in nostrates, sed in externos permissu principis, si quis negotiatori merces diripuerit, eidem alterius, ejusdem gentis, quem primum offenderit, bona pari jure diripere liceat, & hoc jam pro jure gentium, usurpatum tradit, & quamvis iniquum videri possit, alium debitorem esse, alium exigere, plurimum tamen æquitaris habet, ut si quis pro alieno debito exigatur, is qui Debitor est, ad satisfaciendum eidem teneatur.

Petrus de Sancterna de quæstione, An si quis Repræsalias solverit, possit repetere ab eo, cujus occasione concessæ fuerint, tradit quod *Bartolus* ad l. Nam. & *Servius D. de Negotiis gestis* affirmat, Quod repetere possit, & si opponatur quod ipsi ab alio facta est injuria responderi potest, quod ista injuria facta est, propter factum alterius. *Jacobus de Aretio* ad l. Item si in facto S. 2. D. de verb. oblig. tradit. Quod Doctores dicunt hoc procedere in Repræsalis juste concessis propter damnum datum dolo, vel culpa alterius, secus si concessæ sint, nec dolo nec culpa alterius occasionem dante, & cum eo. transit *Baldus*, ad l. Nam & *Servius*, Glossa ad cap. Quia adversitatem ex. de Concessione Præbendæ, tradit, Quod ea quæ ex culpa sequuntur, culposâ imputantur, sed oportet ejus culpam esse immediatam damni causam, *Santerna* vero nequaquam probat hanc opinionem, quia omnino adversatur Regulæ, Qui occasionem damni, dat damnum fecisse videtur, quia occasio denotat, non veram, & immediatam, sed remotam damni causam, ex qua quis conveniri potest, cum is qui immediate damnum dedit, conveniri non potest, Ipse vero concludit, Quod si quis culposus fuit, si sine culpa, utroque modo videtur dicta regula militare, quod opinor intelligendum de culpa levi, quia ad hanc actionem requiritur

requiritur Culpa saltem levissima, prout declarat
Panormitanus, ad cap. ult. extr. de Injuriis &
damno dato.

Vid. DD. Juris Civilis ad l. 30. D. ad legem
Aquiliam, & ad l. 2. S. fin. D. de verb. obligat.
& D. D. Juris Canon. ad cap. 22, extr. de
reg. Juris Petrum Santernam, de Asseveratio-
nibus parte I. nu. 34. Panormitanum ad cap.
ult. Extr. de Injuriis.

QUÆST.

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS OCTAVA.

QUÆST. I.

An aliud pro alio invito Creditore solvi possit ?

Quod non,

I. **T**ollitur, inquit Justinianus, obligatio, solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente Creditore, aliud pro alio solverit. I. 3. 29. in princ.

2. Mutui datio, inquit Paulus, in his rebus consistit, quæ mensura, pondere, & numero consistunt, quoniam earum rerum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo, functionem recipiunt, per solutionem, magis quam in specie; Nam in cæteris contractibus, ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito Creditore solvi non potest. D. 12. 21, 2. S. 1.

Diocletianus & Maxim. eum, inquiunt, à quo pecuniam mutuam accepisti, nomen Debitoris tui in solutum suscipere nolentem, compelli, juris ratio non permittit. C. 43. 16.

3. *Paulus respondit*, Creditorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea damnum aliquod passurus est. *D. 46. 3. 99.*

Quod sic,

1. Qui rem, *inquit Ulpianus*, restituere jussus, non paret, contendens rem se restituere non posse si quidem rem habeat, officio judicis, manu militari possessio ab eo transfertur; si vero non potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. *D. 6. 1. 68.*

Resp. Quod æquum est ut aliquo modo Adversario satisfiat, etsi condemnatus alio satisfacere, non potest, non male ei consulitur si id quod ejus interfuit, præstetur.

2. Decem, *inquit idem*, aut noxæ dedere condemnatus, judicati in Decem tenetur, facultatem autem noxæ dedendi, ex lege accipit. *D. 42. 1. 16.*

Resp. Quod dominus ex maleficio servi condemnatus ad decem solvendum ex sententia obligatur, vel ad servum noxæ dedendum, quorum primum ex jure actionis, alterum ex beneficio legis provenit.

Vinum *inquit Julianus*, quod mutuum datum erat, per judicem petitum est, quæritur cujus temporis æstimatio sit præstanda? & non quæritur, nec respondetur de vini quantitate, & qualitate, sed de pretio, & valore. *D. 12. 1. 22.*

Resp. Quod ibi præstatur æstimatio, quia debitor ad vinum in genere reddendum tenebatur, & vinum in genere reddi non potuit, nullo tempore ad reddendum præstituto, sed necesse erat ut pro vino ejus æstimatio, vel pretium solveretur.

4. Si quis *inquit Ulpianus*, stipulatus fuerit decem in melle, solvi quidem mel potest, sed si semel actum sit, & decem petita fuerint, mel solvi non potest. *D. 46. 1. 46.*

Resp.

Resp. Quod decem sola fuerunt in obligatione, vel tantum in solutione, ita ut actor qui stipulatus est, decem, vel pro pecunia agere possit, vel pro decem in melle. Promissor antequam conventus est, potuit decem, vel in pecunia, vel in melle dare, postquam conventus est, ulterius electionem non habet, aliud est, ubi idem est, & in obligatione, & in solutione, nam tunc illud tantum quod promissum est solvi potest.

5. Si ita, inquit *Javolenus*, fidejussorem accepisti, quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse jubes? non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quæ credita est, fidejussor obligari non potest, quia non ut æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri possit, ita pecunia, merce quoque æstimanda est, unde colligitur quod pro frumento debito, pecunia accipi, & solvi potest. D. 46. 1, 42.

Resp. Quod volente Creditore, pro frumento debito, pecunia accipi, & solvi potest, eo invito non potest, vel ex ea lege inferre licet, Quod pro Debitore frumenti, fidejussor de pecunia accipi potest, & per consequentiam pecunia pro frumento debito solvi potest, Quod verum est in eo casu, quo principalis Debitor, post moram ad pecuniam quoque obligatus fuit.

6. Si quis, inquit *Justinianus*, argentum donaverit, certumque pondus nominaverit, necessitatem ei imponimus præfatum pondus omnimodo dare, si vero donator argentum non habet, vel non tantum, quantum donavit, æstimatio pro eo quod deest, in his celebrari potest. C. 8. 54. 35. S. 1.

Resp. Quod hoc constitutum est ratione necessitatis, cum donator id quod donavit non habet, & ideo præstari non potest, eo magis, quia cum eo qui liberalitatem exercet, mitius sit agendum.

7. Cum certum auri vel argenti pondus inquit *Mordestinus* legatum est, si non species designata sit, non materia, sed pretium presentis temporis prestari debet. *D. 34, 2, 9.*

8. Aliud est, inquit *Ulpianus*, si id actum sit ut eadem nummorum corpora redderentur, aliud si ut tantundem solveretur, convenit, ergo pro auro, & argento debito, pretium solvi, & pro certis nummis depositis, valor eorum in aliis nummis reddi potest. *D. 16, 3, 34.*

Resp. Quod certa auri, vel argenti quantitate in genere, id est, nulla specie designata, non necesse est res ipsas, quia in genere legantur, sed earum pretium prestare, & cum certa nummorum corpora deposita sunt, nisi id actum sit ut eadem corpora reddantur, licet alios nummos ejusdem valoris reddere, quia nummis cum quocunque generis functionem recipiunt.

Ad questionem, An aliud pro alio solvi possit? referri potest questio. An pecunia certi generis credita, alia ejusdem valoris solvi possit. De prima *Bartholus* sic distinguit. Quod aut corpus debetur, aut quantitas; primo si corpus debetur, debetur vel in genere, vel in specie, si genus, ejusdem bonitatis, aut eadem species prestari poterit, pro iisdem quantitas vel aestimatio solvi non potest, si prestari non possunt, earundem aestimatio solvi potest. *l. Vinum D. si certum petatur, l. Mutuum. S. mutui dato, D. eodem*, si quantitas debeat, tunc aut debitor tenetur ad illam quantitatem simpliciter, & creditore invito non potest rem aliam aut speciem solvere, *L. Eum à quo C. de solutionibus* vel tenetur ad illam quantitatem, respectu certæ speciei, & solvendo eam speciem liberari potest, sed & si debitor quantitatem omnino solvere non potest, Creditor tenetur rem aliam accipere.

De Questione, An pecunia certi generis credita, alia ejusdem valoris solvi possit.

Horro-

80 *Questionum Juris Civilis*

Hotomannus ita statuit, Quod in obligatione nummorum, neque quantitatis neque qualitatis, sed solius potestatis, five valoris ratio sit habenda. Quantitas, *inquir*, in pondere, & numero, Qualitas primum in materia, deinde in forma publica consistit, Potestas vero five valor est, qui ex jure, five ex autoritate publica tribuitur, & proinde cum qui, *exempli gratia*, decem aureos debeat, eorum valorem in aliis nummis solvendo, non diversum, sed idem solvit, hocque verum censet quamvis nummorum valor creverit, five decreverit, sed hæc *inquir*, ita se habent, nisi, primo, si quid expresse de specie reddendo convenit. 2. Nisi per Debitorem, vel Creditorem mora sit commissa: Nam ubi mora est commissa, ibi omnis utilitas est restituenda: *Bronchurstus* idem cum *Hotomanno* statuit, & rationes explicat, *Borcholten* vero contrarium defendit, scilicet, quod pecunia credita, in eadem moneta, five nummis ejusdem generis, non ejusdem valoris, sit reddenda, & quamvis concedat, quod in venditionibus, locationibus, stipulationibus, aliis contractibus, æstimatio sit spectanda, quia de valore, & æstimatione solo, contrahentes agunt; In mutuo tamen, aliud observandum est, quia in eo certa corpora intercedunt, quæ ejusdem generis & bonitatis sunt reddenda.

Vid. *De prima questione* Bartolum; ad l. 1. D. si certum petatur; Donellum ad l. 2. D. eod. Morlam, tit. 8. quest. 9. & 16. Hunnium, lib. 3. tract. 8. quest. 1. Pacium, cent. 3. q. 71. *De secunda*, Hotomannum, quest. illust. 15. Donellum ad l. 3. D. de rebus creditis nu. 9. Fachineum, lib. 2. cap. 1. Hunnium, lib. 3. tract. 3. part. 1. quest. 8. & 9. Bronchurstum, lib. 2. assert. 18. Borcholten ad titulum de rebus creditis, cap. 7.

Q U Æ S T. II.

An solutione partis, invito Creditore, De-
bitor liberetur?

Quod non,

I. **L** Utius Titius, inquit Modestinus, cum cen-
tum & usuras, aliquanti temporis deberet,
minorem pecuniam quam debebat, obfig-
navit: Quæsitum est, an Titius pecuniæ, quam ob-
signavit, usuras præstare non debeat? Responsum est,
si non hac lege, pecunia mutua data est, ut liceret,
particulatim, quod receptum est, exolvere, non re-
tardari totius debiti usurarum præstationem, si cum
Creditor paratus esset, totum suscipere, Debitor, qui
in exolutione totius cessabat, solum partem deposuit
D. 22. 1. 41. S. 1.

2. Qui pignori, inquit Ulpianus, plures res acce-
pit, non cogitur unam liberare, nisi accepto univer-
so, quantum debetur. D. 20. 1. 19.

3. Si Creditori, inquit idem Ulp. plures hæredes ex-
iterint, & uni ex his pars ejus solvatur, non debent cæ-
teri hæredes injuria affici, sed possunt totum fundum
vendere, oblato Debitori, eo quod cohæredi eorum sol-
vit, quæ sententia non est sine ratione. D. 13. 7. 11. S. 4.

4. Si ita, inquit Paulus, stipulatio facta sit, si fun-
dus Titianus datus non erit, centum dari nisi totus fun-
dus detur, poena centum committitur, nec prodest par-
tes fundi tradere, una dari cessante, quemadmodum
non prodest ad pignus liberandum, Creditori partem
solvere. D. 45. 1. 85. S. 6.

5. Plane, inquit Gaius, ad officium judicis nonnun-
quam pertinet, ut debita, & credita, singulis pro solido,
aliis aha attribuat, quia sæpe & exactio, & solutio par-
tium non minima incommoda habet, &c. D. 10. 1. 3.

Quod sic,

1. Stipulationem, inquit Paulus, quædam partium
præstationem recipiunt, &c. D. 45. 1. 2.

Qui decem, inquit Ulpianus, debet, partem ut
quæta quinque solvendo, in parte obligationis libera-
tur

382 *Quaestionum Juris Civilis.*

tur, & reliqua quinque sola in obligatione remanent.
D. 46. 3. 9. S. 1.

Resp. Quod debitum pro parte solvi potest, (ut *Accursim*, & D. D. communiter interpretantur) volente, & consentiente Creditore, ut vero invitatus partem debiti recipiat, cogi non potest.

2. Duabus rebus commodatis, *inquit Paulus*, de altera, commodati recte agi posse, *Vivianum* scripsit, ergo ex natura correlativorum, ad recipiendam alteram agi potest. D. 13. 6. 17. S. 4.

Resp. Quod cum duae res sepeales commodatae sunt, duae separales obligationes oriuntur, & ab una liberatio contingere potest, non cum plures res unum debitum individuum continet.

3. Primi Creditoris, *inquit Scaevola*, qui praedia pignori acceperat, & posterioris Creditoris, cui quidam ex iisdem fundis pignori dati erant, haereditas ad eandem personam devenerat; Debitor offerebat, quantum a posteriore Creditore mutuatus fuerat; Respondit. Cogendum accipere salvo jure prioris contractus. D. 20. 6. 15.

Resp. Quod cum duorum creditorum haereditates ad eundem perveniunt, hic utriusque personam sustinet, & proinde ut iis sepe ratim solutio fieri potuit, ita & huic diversa debita, seorsim solvi possunt, nec unum recipere, salvo jure alterius, recusare potest.

4. Permittendum est, *inquit Julianus*, possessor haereditatis, partem haereditatis cedere, partem vero defendere, nec enim Jus prohibet aliquem totam haereditatem possidere, & scire partem dimidiam ad se pertinere, de parte altera controversiam non facere. D. 5. 4. 8.

Resp. Quod haereditas est quid aggregatum, ex pluribus rebus, & juribus constans, quorum alia defunctus bona fide, alia mala fide possidere potuit: & qui in ejus locum successit, de haereditate conventus, recte faciet, si retenta ea parte, quam bona

Bona fide possidebat, alteram, quæ mala fide affecta erat, restituere, quam de ea litigare, malit.

5. Quidam existimaverunt, inquit *Julianus*, cum qui decem peteret, quinque accipere non cogendum, sed humanius facturus videtur Prætor, si Actorem compulerit, ad accipiendum id quod offertur, cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.

Resp. Quod cum constat totum deberi, Creditor non est compellendus partem accipere, sed si de toto dubitetur, & partem deberi Debitor agnoscat, partem neget, Prætor ex æquo & bono pro jure Imperii, quod ipsi competit, potest actorem cogere, ut quod agnoscitur, & offertur, accipere, quod tamen sic intelligendum, ut non directe, sed nisi acciperit, pro ea parte actionem ei denegare.

6. Explorati juris est, inquit *Severus & Antoninus Impp.* hæreditaria onera, ad hæredes proportionibus hæreditariis pertinere, &c. C. 4. 2, 1.

Pro hæreditariis partibus, inquit *Decius Imp.* hæredes onera hæreditaria agnoscere, etiam in fisci rationibus, placuit. C. 4. 16, 2.

Resp. Quod jure, & lege 12. tabularum, æs alienum defuncti, proportionibus hæreditariis, inter singulos hæredes est dividendum, & proinde Debitoris hereditibus, pro partibus hæreditariis, debitum solvere permittitur, quia hæres ultra suam portionem non est hæres, & solvendo id quod pro parte sua debetur, totum solvit.

7. Si Servus, inquit *Paulus*, hæredi decem dare missus fuerit, ut liber fiat, hæres etiam per partes accipere cogendus est. D. 40. 7, 4. S. 6.

Resp. Quod, *Paulus ait*, favore libertatis accipere cogendus est, quod argumento est, quod alias ordinarie solutio per partes fieri non debet.

8. Si plurimum servorum nomine, inquit *Ulpianus*, iudicio sistendi causa, una stipulatione promittatur, si unus status non sit, *Labeo ait*, pœnam integram

384 *Questionum Juris Civilis*

integram committi, Quia verum est, omnes statos non esse, verum si pro rata unius, poena offeratur, qui ex hac stipulatione convenitur, Exceptione doli uti potest.

Resp. Quod hujus legis sententiam sic explicat *Bartolus*, si stipulatio facti dividui pro parte non impletur, stricto jure poena in solidum committitur, sed ex æquitate pro parte ex qua fuit impleta, obstat Exceptio.

Bartolus de hac quæstione sic distinguit, Quod aut queritur de Obligationibus principalibus, aut de obligationum Accessoriis. 1. De obligationibus principalibus, ita statuit, Quod sunt aut ad dandum aliquid, aut ad aliquid faciendum: Cum aliquid dandum est, aut est pecunia, aut species, si sit pecunia, solutio partis liberat pro parte, sed Creditor partem accipere non tenetur. *l. 41. S. 1. D. de Usuris.* Si sit species, aut species est certa, & pro parte soluta, pro parte liberatio contingit. *l. Si stipulatus S. 3. D. de solutionibus*, aut est species in certa, & tunc solutio partis non liberat. *l. 2. S. Quædam & l. in executione, S. parte, D. de verborum obligat.* Cum aliquid faciendum est, aut factum est dividuum, & pro parte liberat. *l. Si plures, C. de Conditionibus incertis*, aut est individuum, & non liberat. *l. si ita fuerit. S. 3. D. de manumissis testamento.* 2. De obligationum Accessoriis, Quod aut loquimur de pignore, aut de Poena. 1. Si loquamur de pignore, propter solutionem partis debiti, pignus pro ea parte non repetitur. *l. Quandam; C. de distractione pignorum.* 2. Si loquamur de poena, tunc aut poena adjecta est respectu alicujus, quod dandum est, & non prodest partem dare, aut respectu alicujus quod faciendum est, & tunc aut factum est individuum, & partem facere non sufficit. *l. eadem, S. Cato, D. de verb. oblig.* aut factum est dividuum, & tunc aut quis totum facere non potuit, & pro parte poena liberatur, aut totum facere potuit, & non fecit

& de

& de rigore juris non liberatur, ex æquitate vero exceptio datur: l. 9. S. 1. D. Si quis cautionibus.

Vid. Bartolum ad leg. 9. S. Si plurimum. D. Si quis cautionibus. Hotomannum Illust. Quest. 20. Donnellum ad l. 21. D. de rebus creditis. Hunnium lib. 3. Tract. 3. part. 1. Quest. 2. Morlam tit. 8. quest. 2. Bronchurstum Cent. 2. assert. 17. Pacium, Cent. 3. quest. 70.

QUÆST. III.

An quod in diem debetur, ante diem invito Ceditore solvi possit.

Quod sic,

1. Inter incertam, certamque diem, inquit Ulpianus, discrimen esse, ex eo apparet, quod certo die promissum, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum, liberum promissori relinquitur. D. 45. 1. 38. D. de solution. l. 20. similiter.

2. Dies adjectus inquit Idem Ulpianus, efficit, ne presenti die pecunia debeatur, ex quo apparet, rei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. D. 45. 1. 41. S. 1.

3. Quod quis inquit Pomponius, aliquo anni die promittit, aut dare damnatus est, ei potestas est quolibet ejus anni die dandi. D. 44. 7. 50.

4. Cum tempus, inquit Ulpianus, in testamento adijcitur, credendum est pro hærede adjectum, nisi alia mens testatoris fuit. D. 50. 17. 17.

5. Post mortem, inquit Philippus Imperator, rogatum hæreditatem restituere, etiam antequam

S

fati

fati munus impleat, defuncti iudicio satisfacere posse, explorati juris est. C. 6. 42. 12.

Quod non,

1. Qui promittit, inquit *Ulpianus*, si aliquid factum sit, vel cum aliquid factum sit, nisi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur fecisse, quod promittit. D. 45. 1, 38. S. 16.

Resp. Quod in eadem *S. Ulpianus*, præmisit delictum inter debitum certo & incerto die, & tradit quod in diem certum debetur, statim dari potest, quia jam debitum est, etsi solutio differatur, cum vero in diem incertum, utpote cum aliquid factum fuerit, debetur, conditionale est, & non ante debitum, quam conditio extiterit, & proinde nec ut debitum præstari potest.

2. Dies adjectus, inquit *Ulpianus*, efficit ne præfenti die debeat, & si prius solutum est, tanquam indebitum repeti potest, & quod repeti potest Creditor recipere non tenetur. D. 45. 1, 41. D. 12. 6, 15.

Resp. Quod dies adjectus non facit, quo minus aliquid interim debeat, sed ne interim peti possit, & *Paulus*, l. 10. D. de condic. indebiti; In diem, inquit, Debitor ita Debitor est, ut ante diem solutum, repetere non possit.

3. Qui rogatus, inquit *Favolenus*, post decem annos restituere, pecuniam, ante diem restituerat, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non possit, in diem fidei commissum relictum probetur, & hæres id ei perdituro, ante diem restituisse, nullo modo liberatur. D. 33. 1. 15.

Resp. Quod hoc casu fidei commissarius non liberatur, quia contra intentionem Testatoris, habito respectu ad conditionem ejus, cui fidei commissum relictum erat, restituit, & in eo, quod ejus fidei commissum erat, non præstitit.

4. Si ante diem, inquit Gaius, restituta sit hæreditas, non transferuntur actiones, quia hæreditas, non ita restituitur, ut testator rogavit; Quod contrarium videtur, l. 12. C. de fidei commissis. D. 16. 1. 10.

Resp. Quod hæres rogatus ad diem, hæreditatem restituere, in sui præjudicium, potest antea restituere, & quamvis quoad actiones transferendas, restitutio non valeat, quia actiones tunc demum transferuntur, cum secundum voluntatem testatoris sit restitutio. D. 1. l. 1. quoad alia tamen, præterquam actiones, restitutio vim habet.

5. Qui Romæ, inquit Scævola, pecuniam mutuam acceperat, solvendam in longinquâ provincia, per tres menses, eamque ibi dari stipulanti promissit, post paucos dies, Romæ testato, creditori dixit, se paratum Romæ numerare, detracta ea summa, quam creditori suo usurarum nomine dederat, Quæsitum est, cum integram summam, in eam stipulatione obligatus est, obtulerit, an in eo loco, in quo solvenda promissa est, sua die interpeti possit? Responsum, stipulatorem, sua die solvendum stipulatus est, posse petere. D. 45. 122.

Resp. Quod in hoc casu Dies & locus in favorem creditoris solutioni adjectus est, ut pro ipsius utilitate pecuniam cum usuris recipere possit, Creditor vero summam mutuam, detracto eo quod usurarum nomine promissit, obtulit, ut non tam quod debitum erat petere, quam à contractu recedere, videretur, quod alterius præjudicium sine ejus consensu facere non potuit.

6. Utique non semper, inquit Africanus, Creditor recusantis erit periculum, ut si in opportuno loco, tempore sit obligatum, ergo eo casu recipere non potest. D. 46. 3. 39.

Resp. Quod Africanus in hac lege agnoscere videtur ut plurimum Creditoris, si pecuniam oblata

388 *Quaestionum Juris Civilis*

tam recipere recusât, periculum esse, aliquando vero licite recusare posse, utpote si in foro, si in balneo, vel cum impeditus est, ut commode, recipere non possit, Sed si ejusmodi loco, vel tempore, Creditor recuset, is tanquam non opportuno tempore, aut loco oblatum, probare debet.

7. Si is qui pecuniam debitam solvere constituit, non solverit, nisi per actorem steterit, quo minus solverit, in eum, inquit Prætor, judicium dabo. Illa verba Prætoris, inquit *Ulpianus*, nisi per actorem steterit dubitationem recipiunt, & *Pomponius* dubitat, si forte ad diem constituti, per actorem non steterit, ante steterit, vel postea; Puto, inquit *Ulpianus*, ad diem constituti referenda, unde colligitur quod actori nihil est imputandum, si ante diem constituti, quo pecunia debetur, non receperit. D. 13. §. 18.

Resp. Quod *Ulpianus* non dicit, actori nihil esse imputandum, vel eum non esse in mora, si rem oblatam ante diem non receperit, sed hoc ei non nocere, quo minus etiam post diem constitutum possit agere ex edicto, si res debita adhuc extet: Ita enim omnes alii Creditores, licet in recipiendo moram fecerint, quamdiu tamen res debita adhuc extat, integram habent actionem, l. *Illud D. de periculo & commodo rei venditæ*. Sed si res post oblationem, sine culpa Debitoris perierit, non minus Creditori pecuniæ constitutæ, quam aliis creditoribus nocet.

Connanus favore Debitoris inquit, ut plurimum fit, ut dies solutioni adjiciatur, ita ut, eum representare, id est, antevertere possit, cum Creditor conditionem meliorem faciat, cui plus prodest præsentem, quam ad diem accipere; Quod si ejus interitus, ei invito, ante diem solvi non possit, quod verum dicit cum certa dies adjicitur, veluti *Calendas dabis*, sin hoc modo adjectum sit, intra *Calendas dabis*, etiam nolenti, ante *Calendas* recte sol-

tur, quamvis Creditoris interfit, potius ipsis Calendis accipere. *Donellus* refert quosdam sua ætate, (in quibus *Cujacium*, ipsum innuere, *Molinaus* ait,) contra omnes omnium temporum interpretes, sentire quod in diem debetur, ante diem invito Creditore solvi non posse: authoritate, l. 39. D. de solution. & l. 18. D. de constituta pecunia. Ipse vero ex eo quod *Ulpianus* tradit, in l. 38. S. 16. D. de verb. obligat. Quod certo die debetur, vel statim dari potest, innui affirmat, etiam invito Creditore dari posse. Neque enim quisquam dicendus est, id posse in quo, quo minus possit, ab alio potest prohiberi; Deinde ex eo quod pro ratione additur, totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui.

Vid. Connanum Comment. l. 6. cap. 4. in fine. Donellum ad l. eum qui Calendis. S. Quoties D. de verb. obligat. Gotofred. & alios ad l. 17. D. de Reg. Juris. Morlam, tit. 8. q. 23. Bronchurstum, cent. 4. assert. 64.

. Q U Æ S T. VI

*An Quod certo loco debetur, alibi invito
creditor solui possit?*

Quod non,

1. **I**nquit *Ulpianus*, qui certo loco dare promissit, in nullo alio loco, quam in quo promissit, invito stipulatore solvere potest. *D. 13. 4. 9.*

2. Qui *Rome* mutuan pecuniam acceperat, inquit *Scævola*, solvendam in longinqua provincia, ibi stipulanti dari promissit, &c. prout in præcedente Questione, &c. *D. 45. 1. 122.*

3. Qui certo loco dare promissit, inquit *Julianus*, aliquatenus duriori conditione obligatur, quam si pure interrogatus fuisset, in nullo enim alio loco, quam in quo promissit, invito stipulatore solvere potest. *D. 46. 1. 16. S. 1.*

4. *Dioclet. & Maxim. Imp.* ita demum inquit oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo solutio debetur, celebrata fuerit. *C. 4. 34. 9.*

5. Jus inquit *Furius Anthianus*, alteri semel Questum, ei auferri non potest. *D. de pactis l. ult.*

Quod sic,

1. Quod certa die promissum est inquit *Ulpianus*, vel statim dari potest, ergo, quod certo loco promissum est, licet alio loco solvere. *D. 46. 3. 70.*

Resp. Quod alia ratio est diei, alia loci, ad solvendum constituti, Dies solutioni solius Debitoris causa adjicitur, *l. 41. S. 1. D. de verb. obligat.* & ei licet suo commodo renunciare: Locus vero solvendi adjicitur, tam stipulatoris, quam promissoris gratia, propter eas utilitates quæ in eo loco ab utraque parte percipi possunt, Quapropter promissor non sic huc

commo-

commodo renunciare potest, ut de alterius etiam commodo statuat.

2. Qui Ephesi dare promisit, *inquit Venuleius*, ubique potest solvere, Nam quod in diem debetur, ante diem solvi potest. *D. 45. 1, 137. S. 21.*

Resp. Quod *Venuleius*, de eo promissore loquitur, qui stipulatori, alio loco accipere cupienti soluturus erat, & cum stipulator promissorem, qui Romæ mansit, ibi actione arbitraria convenire potuit, qui conventus est, potest ibi, solvere, quia credendum, Creditorem qui alibi agit, etiam alibi debitum recipere velle.

3. Quia, *inquit Gaius*, si promissor ad eum locum, in quem se daturum promississet, nunquam accederet stipulator ad suum pervenire non potest, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare, sed non debet actori licere, quod reo non permittitur, ergo si Creditor possit alio loco agere, Debitor alio loco, ut debitum recipiat, agere potest. *D. 51. 17, 41.*

Resp. Quod idem jus reo permittendum quod actori, ubi eadem aut par ratio suadet, Ideo vero Creditori licet alio loco petere, quia ut in eadem lege refertur, nisi ibi peteret, suum amitteret, sed in reo non est idem periculum qui pecuniam in loco constituto solvens, certus est, ibi liberationem, in qua vertitur ejus interesse, obtinere.

4. Generaliter, *inquit Ulpianus*, Scaevola definit; Petitorem habere electionem ubi petat, Reum ante petitionem, ubi solvat. *D. 13. 4, 2. S. 3.*

Resp. Quod *Scaevola* definitio locum habet, cum quis duorum locorum altero, veluti Capuæ, aut Ephesi dare promisit, & ante petitionem, electionem habet, quia in alterutro loco solvens, solvit ubi promisit, secus est in eo qui in certo loco dare promisit, & in alio loco quam in quo promisit solvere velit.

392 *Quæstionum Juris Civilis*

5. *Usuras inquit Philip. Imp.* quæ quotannis in urbe numerandæ sunt, alio loco deferri, vel dependi, nisi ex justa causâ, exempli ratio minime finit, Ergo si justa causâ subsit, alio loco quam quo debetur, solvere licet. *C. 8. 43, 8,*

Resp. Quod hæc exceptio est ejusmodi, ut si usquam exprimeretur, tamen vero intelligi oportere, cum in omni jure, quod verbis præcisè constitutum est, passim à veteribus adhibitum observare licet, ut in *l. quamvis D. de in jus vocando l. 4. S. 1. D. de re judicata l. 4. S. penult. D. de judiciis*: Id enim quod ex justa causâ concedendum est, æquum est, & semper in jure æquitas est spectanda: *D. de reg. jur. l. 50.*

Donellus in hac quæstione ita statuit, Promissorem, vel debitorem non posse alio loco solvere invito creditore, per *l. penult. D. de eo quod certo loco*, nec refert, si præter sortem offerat creditori, id quod ejus interest, in loco constituto solvi: Per legem tamen, *8. C. de solutionibus*, admittit, si justa causâ subsit, alio loco solvi posse. Et quod duplex causâ esse possit. 1. Si in loco constituto solvi non possit: 2. Si nihil interest creditoris eo loco solvi. 1. Quod non possit in eo loco solvi, potest contingere, si locus ab hostibus occupatus sit, si itinera interclusa sint, &c. 2. Ut creditoris non intersit accidere potest, ut cum qui *Ephesi* solvendum stipulatus est, ibi negotiari desit, vel cum ibi pecuniam solvi constituit, quia ibi pecuniam debuit, quam constat, eum postea aliter solvisse, Nam inventæ sunt stipulationes, ut quisque acquirat, quod sua interest *l. stipulatio ista S. alteri de verb. obligat.* & extincta habetur obligatio, cum in eam causâ recidit, à qua incipere non potuit.

Vid. *Glossam & D. D. potissimum Donellum ad l. penult. D. de eo quod certo loco. Pacium Cent. 4. quæst. 33.*

. QUÆST.

QUÆST. V.

*An Debitoris sit, ex qua causa solvit,
vel solutum repetit, statuere?*

Quod sic,

1. **E**X qua causa solvit.

1. Quoties quis Debitor, inquit *Ulpianus*, ex pluribus causis, unum debitum solvit, est in arbitrio solvens dicere, quod potius debitum solutum esse voluerit, & quod dixerit, id erit solutum; possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. D. 46. 3. 1.

2. *Paulus respondit*: Cum Debitor pecuniam solvit in potestate ejus esse commemorare, in quam causam solverit: D. 46. 3. 101.

3. In potestate ejus est, inquit *Imp. Antoninus*, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. C. 8. 43. 1.

2. *Ex qua causa repetit.*

1. Qui hominem generaliter promissit, inquit *Fulianus*, similis est ei, qui hominem, aut decem debet, & ideo si cum existimaret se Stichum promississe, eum dederit, condicet, alium vero quem liber dando, liberabitur. D. 12. 6. 31. S. 3.

2. Cum illa, aut illa res promittitur, inquit *Ulpianus*, rei electio est, utram præstet. D. 23. 3. 16.

Quod non,

1. *De eo quod solvitur.*

1. Quoties, inquit *Ulpianus*, non dicimus id debitum,

S 5

394 *Questionum Juris Civilis*

debitum quod solutum est, in arbitrio est accipientis, cui causæ potius debitum acceptum ferat. *D. 46.*

3. 1.

Resp. Quod in creditoris est arbitrio, (uti ibidem addit *Ulpianus*) dummodo in id constituat solutum, in quod ipse si deberet, esset soluturus, æquissimum enim visum est Creditorem ita debitoris rem agere, ut suam ageret, in quo etiam favor debitoris vertitur.

2. Est in arbitrio solventis, dicere quod debitum solutum esse velit, dummodo in re agenda, hoc fiat, *inquit Florentinus*, ut vel Creditori liberum sit non accipere, vel Debitori non dare. *D. 46. 3.*

1. §. 2.

Resp. Si dum res agitur debitor non statuerit, postea id non permittitur, *D. eod. l. 3.* Sed hæc res *inquit idem Ulpianus*, efficiet, ut in duriorum causam Creditor semper videatur debere accepto ferre, ita enim in suo nomine constitueret, quod & præsumendum est, debitorem velle.

3. Si à neutro dictum est, *inquit Ulpianus*, in his nominibus, id est debitis, quæ diem habuerunt, id videtur solutum cujus dies venit. *D. 46. 3. 3.*

Resp. Quod ejus, cujus dies nondum venit, solutio non requiritur, & non est præsumendum, in id solutum, quod non est necessarium.

4. In his quæ præsentī die debentur, *inquit idem Ulpianus*, constat indistincte quod solvitur, in graviores causam solutum videri, si autem nulla prægraveret, in antiquiorem. *D. 46. 3. 5. l. 197. D. de Solutionibus.*

Resp. Quod in graviores causam solutum præsumitur, quia Debitoris magis interest, in eam solutum esse, veluti quod suo nomine, magis quam quod pro alio, fidejussorio nomine debet, aut quod cum pœna potius, quam quod sine pœna deberetur & quod potius satis dato, quam quod sine satisfactione. *D. eod. l. 3.* Si debita sint paria, quod antiquius est solven-

solven-

solvendum, quia æquum est ut cæteris paribus, qui prior est tempore potior sit jure.

5. *Paulus respondit*, Cum Creditor pignus distraheret, licere ei pretium acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur, & ideo deducta ea, aliud debitum peti posse. *D. 46. 3. 101.*

Resp. Quod *Paulus* in eodem responso permittit: aliam causam esse Debitoris solventis, aliam Creditoris pignus distrahentis: Nam cum Debitor solvit pecuniam, in ejus potestate est, in quam causam solvit dicere, cum vero Debitor Creditorem pignus distrahere impedire non potest, potius Creditoris est, quam Debitoris dicere in quam causam distrahit. *D. de pignoratitia actione, l. 35.* Quia non audiendus est Debitor, si cum parum idoneum se esse sciat, eligat quo nomine pignus suum exonerare malit.

2. *De eo quod repetitur.*

1. Plane si duos reos, *inquit Paulus*, non ejusdem pecuniæ, sed alterius obligationis constitueris, ut puta *Stichi*, aut *Pamphili*, Si pariter duos datos esse constat, non idem dici, poterit in repetitione, ut partes repetant *Stichi* scil. & *Phamphili*, quia nec sic solvere ab initio potuerunt: Igitur hoc casu electio est Creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur. *D. 12. 6. 21.*

Resp. Quod in hac lege agitur de casu, quo duo rei illud aut illud debuerint, & ambo simul utrumque per errorem solverint, non potest alter partem unius rei, alter partem alterius repetere, quia eodem modo solvere non potuerunt; ergo illa vel illa res integra est restituenda, & hoc casu electio Creditori datur, quid restituet, quia Debitores singuli unam rem solverunt, & electio, nisi inter res plures, cadere non potest, secus est cum unus Debitor sit unius, aut alterius rei, & utramque per errorem solverit, nam hic alterutram eligere, & repetere potest.

396 *Quæstionum Juris Civilis*

2. Si decem, aut Stichum stipulatus (id est stipulanti promittens) *inquit Ulpianus*, solvam quinque, quæritur an possim condicere, & si Post soluta quinque, Stichus solvatur, & malim ego (qui stipulatus sum) habere quinque, & Stichum reddere, an sim audiendus quærit *Celsus*? & putat natam esse, in quinque conditionem quamvis utroque simul soluto, mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur, *D. 12. 6. 26. S. 13.*

Resp. Quod in eo casu Debitor non pariter utramque rem, sed alterius partem solvit, & cum postea Stichus totus solutus sit, ex eventu apparet, eum vere debitum fuisse, & quinque solum repeti posse, secus est cum utraque res tota, per errorem simul solvitur; Et quod utroque simul soluto, stipulatori retinendi arbitrium daretur, *Celsi*, & *Ulpiani* fuit opinio, quam Jurisconsulti non minoris authoritatis nequaquam approbarunt.

3. Si is, *inquit Celsus*, cui Stichus, aut *Pamphilus* legatus est, si hæres damnatus alterutrum dare, Stichum dederit, cum ignoret, sibi permissum, vel *Pamphilum* dare, nihil repetere possit. *D. 31. 1. 19.*

Resp. Quod speciale est in legato ut qui sub disjunctione debet, & alterum per errorem solvit, non possit repetere, quemadmodum in legato speciale est, ut Creditor id est legatarius habeat electionem, *S. Si generaliter Instit. de legatis*. Cum in aliis causis sit debitoris, *l. 2. S. Scævola D. de eo quod certo loco.*

Hæc Quæstio in duas resolvenda est, quarum.

1. An debitor ex pluribus causis in quam causam solvit statuere possit?

2. An qui ex debitis alternavit alterum per errorem solvit, utrum libet repetere possit?

De prima Quæstione sic distinguit *Bartolus*, Quod quando debetur ex pluribus causis, aut Debitor eligat.

git, aut creditor, aut neuter eorum. 1. Si Debitor elegit & creditor consensit, aut tacuit, in illam causam solutum est intelligendum, *l. 1. S. 1. D. de solutione*. 2. Si creditor dicat in quam causam accipiat, & debitor consentit, & tacet, in eam causam cedit, *S. eadem. D. de solutione*. Si creditor, dicat & debitor contradicat impeditur solutio, *l. 1. in fine, & leg. seq. D. de solutione*. & tunc Debitoris est offerre, & consignare, in quam causam solvit, ut liberetur *l. obsignatione, C. de solutione*. 3. Si neuter eorum dicat in quam causam solutum velit, tunc aut una causa est gravior altera, & cedit in graviores *l. his D. de solutione*. & Gravior causa habetur. 1. Quæ lædit statum, vel famam Debitoris, & in dubio in istam semper primo solutum intelligitur *l. Si Quid ex famosa, D. de solutione*. 2. In qua vertitur periculum patrimonii, ut quia est causa pœnalis, ut usuraria. 3. Respectu firmitatis obligationis, ut puta quæ debetur sub fidejussoribus, vel pignoribus, aut non est una causa altera gravior, & tunc aut una est antiquior & in illam cedit *l. in his S. fin. D. eodem*. aut non est antiquior, & cedit in quamlibet pro rata *l. Illud D. de solutione. & l. Pupili S. penult.*

De secunda Quæstione *Justinianus*, in *l. 10. D. de condict. Indebiti* sic constituit, si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel rem aliam promiserit, & cum ei licentia fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, Dubitabatur, cujus rei repetitio à Legibus daretur, utrumne servi an pecuniæ, & utrum stipulator an promissor habeat hujus rei facultatem; & *Ulpianus* quidem ei electionem præstat, qui utrumque recepit, & quod sibi placuerit, tam *Marcellum* quam *Celsum* sibi consonantes refert: *Papinianus* autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui & antequam dependet ipse habet electionem quid velit præstare & hujus sententiæ

398 *Quæstionum Juris Civilis*

riæ testem adducit, *Salvium Julianum*, Et poſtea hæc decidentibus, *Juliani & Papiniani* ſententiæ placet, ut ipſe habeat electionem reperendi qui & dandi habuit.

Vid. De 1. Bartol. ad l. 1. D. de ſolution. De 2. Pacium, cent. 4. quæſt. 6.

Q U Æ S T. VI

An major pars Creditorum de debitis omnium aliquid remittere poſſit ?

Quod ſic,

1. **S**I ante aditam hæreditatem, inquit *Ulpianus*, quis paciſcatur cum Creditoribus, ut minus ſolvatur pactum valiturum eſt. D. 2. 14. 7. S. 17.

2. Hodie, inquit *idem Ulpianus*, Pactio Creditoribus obest, ſi in unum convenerint, & communi conſenſu declaraverint quota parte debiti contenti ſint, ſi vero diſſentiant, tunc Prætoris partes neceſſariæ ſunt, qui decreto ſuo ſequetur majoris partis voluntatem. D. 2. 14. 7. S. fine.

3. Reſcriptum Divi Marci, inquit *Idem*, ſic loquitur, quaſi omnes Creditores debeant convenire. Quid ergo ſi quidam abſentes ſint ? num exemplum præſentium abſentes ſequi debeant ? ſed an & privilegiariis abſentibus, hæc pactio noceat ? Eleganter tractatur ſi modo valeat pactio & contra abſentes. Et reperio ante formam à *Divo Marco* traditam, *Divum Pium* reſcripiſſe ; ſicſcum quoque in his caſibus, in quibus hypothecas non habet, & cæteros prævilegiarios exemplum Creditorum ſequi oportere. Hæc enim omnia in his creditoribus. qui

hypo-

hypothecas non habent conservanda sunt. D. 2. 14. 10.

4. Cum solito more, inquit Justinianus, à nostra majestate petatur, ut ad miserabile cessionis bonorum auxilium homines veniant, & electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem &c. Sancimus ut vel ex cumulo debiti vel ex numero creditorum causa judicetur &c. Pari quantitate debiti inventa, dispari vero creditorum numero: tunc amplior pars creditorum obtineat, ita ut quod pluribus placuit, hoc statuatur. Sin vero æqualitas undique emergat, tam debiti, quam numeri creditorum tunc eos anteponi, qui ad humaniorem sententiam declinant, non cessionem exigentes, sed inducias &c. Unde idem sequitur. C. 7. 71. 8.

Nam Qui tardius solvit, inquit idem Justinianus, minusolvere intelligitur. I. 4, 6. 33.

Quod non,

1. Non debet inquit Papinianus, alteri per alterum iniqua conditio inferri. D. 50. 17. 47.

Resp. Quod conditio non est iniqua, sed æqua, cum quis alium facere velit, idem quod ipse facit.

2. Privatis pactionibus, inquit Scaevola, Imp. Antoninus & Severus rescripserunt non est dubium, non lædi jus cæterorum. D. 2. 15. 3.

Resp. Quod privatum pactum non est quod fit cum cognitione causæ, & Prætoris approbatione.

3. Quod alicui debetur, inquit Gaius, aliis sine voluntate ejus exigere, (multo minus remittere) non potest: Naturalis enim & Civilis ratio suadet, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis & inviti, nos facere posse, deteriolem non posse. D. 3. 5. 39.

Resp. Quod negotiorum alterius gestor debitum sine ejus voluntate exigere vel remittere, in quantum hæc exactio vel remissio conditionem ejus

ejus deteriore faciat, non potest; sed in quantum lucri negligentia, in majus lucrum cedit.

4. Inter alias res gestas, *inquiunt Diocletianus & Maximianus*, aliis non posse præjudicium facere, sæpe constitutum est. Et inter alios transactionem factam, absenti non posse præjudicium facere, notissimi juris est. *C. 7. 60. 1.*

Resp. Quod res in judiciis solennibus gestæ, & transactiones aliis præjudicium non faciunt, Quia de unoquoque negotio, præsentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet, aliter enim judicatum inter præsentis tantum tenet, *D. de re Jud. l. 47.* In cognitionibus vero extraordinariis, ex causis justis aliter fieri potest.

5. Si cum fratre tuo matri successisti, *inquiunt idem Imperatores*, frater pro portione tua cum debitoribus hæreditariis paciscendo, vel agendo non ex tua voluntate, pro hæreditaria parte tibi acquisitam obligationem extinguere non potuit. *C. 7. 64. 3.*

Resp. Quod duo fratres ejusdem matris hæredes sunt parvis conditionis, & juris, nec alter alteri, obligationem acquisitam, sine ejus voluntate extinguere potest, sed major pars creditorum respectu minoris, plus juris habere videntur, & pro conservandis suis & aliorum debitis eos aliquid posse remittere æquum visum est.

6. Quod omnes tangit debet ab omnibus approbari. *Extr. Reg. 14.*

Resp. Quod in eo quod commune est, omnibus ut singulis quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari, in eo vero quod est commune omnibus ut universis, veluti quod spectat ad civitatem, municipium, curiam, & similia refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem, *D. de Reg. Juris, l. 160.* Iisque similes sunt etiam personæ singulæ qui suo consensu, aut authoritate publica, majoris partis judicio subjiciuntur.

7. Lucius Titius, inquit Paulus, Creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore (id est L. Titio) majore parte creditorum consentiente, à Prætore decretum est, ut ab ejus hæredibus Creditores portionem (id est Debiti partem) ferant, absente eo creditore apud quem mandator extiterat: Responsum est cum proponas eum absentem, iniquum est ei auferri electionem (conveniendi scilicet hæredes, vel mandatorem) sicut pignus, aut privilegium, qui potuit præsens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Prætoris, contra id quod tradit Ulp. l. 10. D. de pactis.

Resp. Quod in hoc casu unus creditorum, qui non solum hæredes sed mandatorem, sive fidejussorem debito suo astrictum habuit, melioris conditionis fuit, quam cæteri creditores, quia etsi hæredes ad solvendum minus idonei erant, mandator sive fidejussor satis solvendo erat, & proinde iniquum videbatur, eundem absentem majoris partis creditorum consensu, & decreto Prætoris restringi, qui si præsens fuisset, conditionem suam inæqualem fuisse ostendere, & decretum Prætoris evitare potuisset, quemadmodum alius Creditor qui pignus, aut præ aliis privilegium habuisset. Nec ei quod tradit Ulpianus in l. 10. D. de pactis contrarium est, quod tradit Paulus in l. 58. D. Mandati. Nam ubi Paulus scribit, per pactum majoris partis Creditorum præsentium, non auferri absenti creditori pignus aut privilegium, Ulpianus non dicit, pactione majoris partis Creditorum præsentium auferri præsentibus Privilegiariis Privilegium, sed ipsos etiam sequi debere exemplum Creditorum præsentium, & portione debiti esse contentos. At vero privilegium quod respectu actionum personalium vertitur, non amittunt, sed nihilominus præferuntur in portione debiti reliquis creditoribus non privilegiariis, si forte propter hæredis inopiam, singuli partem suam consequi nequeunt: ita Bartolus.

Quod

Quod majoris partis suffragiis reliqui obligantur regulariter non obtinet, nisi in communione universali, urpote civitatibus, municipiis, & curiis ita *D. Quod cujusque Universitatis nomine, l. 2.* Si municipes vel aliqua Universitas, inquit Ulpianus, ad agendum det actorem hic pro Republ. vel Universitate intervenit, non pro singulis & *D. ad Municipalem, l. 19.* Idem quod major pars curiæ efficit pro eo habetur, ac si omnes egerint, Deinde idem obtinet, si vel personæ singulæ majoris partis judicio, vel autoritate juris subjiciuntur: Quod contingit. 1. Cum in testamento, plures Tutores fuerint, nec à Testatore designetur, quis gerere debeat, nam tunc is gerere debet, quem major pars elegerit ut edicto Prætoris cavetur. 2. Cum propter inspecionem inopiæ Debitoris, major pars creditorum, tutius arbitratur partem remittere, quam totum debitum periclitari, & hoc primum à Prætoris introductum videtur casu singulari; Cum hæres, qui vocatur ad hæreditatem Debitoris operari, æs alienum metuens, ita se instituit, ut nolit aliter hæreditatem adire, quam si à creditoribus sibi caveatur, eos certa parte debiti contentos fore, quo casu placuit majoris partis creditorum nomine omnium facta, eos etiam tenere, qui pacti non sunt, *l. 7. S. 17. & S. ult. de pactis*, Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium, etiam eorum qui pacti non sunt, interest hæredem adire hæreditatem, ut partem aliquam debiti salvam habeant, cum alias fieri possit, ut hæreditate non adita totum amittant, cum non habeant quem possint convenire. *Instit. de lege Falcidia S. 2. in fine.* Deinde ad debitores privilegarios, etiam ad fiscum extendebat, Divus Pius: *l. 10. D. de Pactis*, & Divus Marcus rescriptit majorem partem habendam, pro modo debiti, non pro numero personarum, quod si æquales sunt in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum præferendus est.

est, in numero autem pari auctoritatem ejus sequetur
 Prætor, qui inter eos dignitate præcellit. Sin autem
 omnia undique in unam æqualitatem concurrunt,
 humanior sententia à Prætoribus eligenda est. *D. eod. l. 8.*
 Quod etiam Justinianus constituit, cum inter credi-
 tores deliberatur, de dando inducias, vel bonorum
 cessionem accipiendo, & si dare visum fuerit, in qui-
 bus minus præjudicii vertitur, etiam Hypothecarii
 creditores majoris partis creditorum suffragium sequi
 tenentur. *l. ult. C. Qui bonis cedere possunt.*

Vid. *DD. Juris Civilis ad l. 160. D. de Reg.
 Juris, DD. Juris Canonici ad cap. 29. Extr.
 de Reg. Juris, Bartolum, Baldum, Angelum,
 Salicetum, Castrensium ad l. 7. S. ult. Et tres
 leges sequent. D. de Pactis Trentacinque.
 lib. 20. Tit. de Solution. Pacium Cent. 1. q.
 8. Vinnium præcipue tractatu de Pactis, cap.
 17.*

QUÆST.

QUÆST. VII.

An oblatio debiti sine consignatione, & depositione vim solutionis habeat?

Quod non,

1. **V**idendum est, inquit Pomponius, ne posterior mora damnosa sit. Quid enim si venditorem interpellavero, & non dederit, id quod emeram, deinde eo postea offerente, ego non acceperim; sane hoc casu mora mihi nocere deberet, sed etsi per emptorem mora facta fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, æquum est posteriorem moram venditori nocere; Ex quibus apparet, quod non obstante simplici oblatione Debitoris, & recusatione Creditoris, Debitor obligatus manet. D. 18. 6. 17.

2. Si pecunia, inquit Ulpianus, in sacculo signato deposita sit, & unus ex hæredibus ejus, qui deposuit, veniens repetat, quemadmodum ei satisfaciat? videndum est, promenda pecunia, vel coram Prætoribus, vel intervenientibus honestis personis, & pro parte hæreditatis exolvenda. D. 16. 3. 1. S. 36.

3. Si Tutor, inquit Papinianus, ultro convenerit, & pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore usuras non præstabit. D. 22. 1. 41. S. 1. D. eod. l. 7. similiter.

4. L. Titius, inquit Modestinus, cum centum, & usuras aliquanti temporis deberet, minorem summam quam debebat obsignavit, Quæsitum est, an Titius pecuniæ quam obsignavit usuras præstare non debeat: Responsum est, non retardari totius debiti usurarum præstationem; si Debitor qui in exolutione totius cessabat, solam partem deposuit. D. 22. 1. S. in fine.

3. Si Creditrici, inquit *Imp. Antoninus*, quæ ex causa pignoris, rem sibi obligatam tenuit, pecuniam debitam cum usuris, testibus præsentibus obtulisti, eaque non accipiente, obsignatam deposuisti, usuras ex eo tempore quo obtulisti, præstare non cogaris. C. 4. 32. 6.

6. Acceptam mutuo sortem, inquit *Philippus Imp.* cum usuris licitis, post contestationem offeras & si non suscipiat, consignatam in publico depone, quo subsecuto, periculo Debitor liberabitur, & jus pignoris solvetur. C. 4. 32. 19.

Quod sic,

1. Qui decem debet, inquit *Marcellus*, si obtulerit Creditori, & ille sine justa causa accipere recusaverit, deinde Debitor ea sine culpa sua perdiderit, doli mali exceptione se tueri potest: Quare pro soluto id, in quo Creditor moram fecit, oportet esse. D. 46. 3. 70.

Resp. Quod *Marcellus* ita tradit, sed prout in eadem lege sequitur, *Ulpianus* notat, non sufficit obtulisse, nisi obsignatam in tuto loco deposuit.

3. Celsus ait, inquit *Ulpianus*, si arbiter me tibi certam pecuniam dare iussit, tu accipere noluisti, posse defendi ipso jure pœnam non commissam. D. 4. 8. 23.

Resp. Quod pœna ex compromisso pro tempore non incurritur, sed nec debitum extinguitur, cum in lege sequenti *Paulus* addat, si postea ille paratus est accipere, non impune me non daturum, non enim antea feceram.

4. Si Debitor, inquit *Ulpianus*, offerret pecuniam, quæ peteretur, & Creditor nolle accipere, Prætor ei denegat actiones. D. 46. 3. 30.

Resp. Quod cum quis conventus in judicio, partem ejus quod petitur offert, si actor id quod offertur non acceperit, Prætor, ad litem diminuendum, potest pro ea parte actionem denegare, secundum l. 21. D. de rebus creditis.

5. *Dioclet.*

406 *Questionum Juris Civilis*

5. *Diocletianus & Maxim.* oblatio debiti, *inquit* *unr.* solutionem parit, si eo loco, quo solutio debetur, celebrata sit. C. 8. 43. 9.

Resp. Quod hoc intelligendum secundum id quod in principio legis præmittitur, scil. Quod obsignatione totius debite pecunie solenniter factæ, liberatio contingit; obsignatio vero plus innuit, quam oblatio, & solenniter fit, quæ fit ad modum præscriptum, id est obsignatione, & depositione celebrata est.

6. Si per te non stat, *inquit Antoninus Imperator* quo minus intra tempora præfinita, pecuniam minorum solveres, sed per Tutores filiorum Creditoris, qui eam accipere holuerunt, idque apud Judicem datum probaveris, ejus temporis quo per te non stetit apparuerit, usuræ majores non exiguntur. C. 4. 32. 9.

Resp. Quod nuda oblatio non sufficit, ut per Creditorem stet quo minus pecunia solvatur, ex eo apparet quod in fine legis additur. Quod si etiam sortem deposueris, exinde ex quo id factum apparuerit, in usuras non convenieris, ita præter oblationem, depositio est necessaria.

7. Ex prædiis pignori obligatis, *inquit idem Antoninus*, Creditor post oblatam sibi jure pecuniam, quam non suscepit, si fructus excepit, exonerari sortis debitum certum est.

Resp. Ab aliis quod Antichresis, id est Contractus ut fructus rei oppignoratae, donec debitum solvatur, à creditore percipiantur, ut in hac lege, sola oblatione tollitur, sed non usuræ: alii respondent: quod etiam Antichresis non tollitur, nisi prout traditur in eadem lege, post oblatam jure pecuniam, id est eo modo oblatam, quem jus præscribit, obsignatione, & depositione adhibita.

8. *Constantinus Imperator*, ita statuit, si solvere volens, à suscipiente fuerit contemptus, testibus adhibitis, contestationem debet proponere, ut hoc probato

probatō ipse securitatem debitam commisi nexu liberatus, accipiat, & qui suscipere neglexerit, ejus ponderis quod debebatur, duplum fisci rationibus inferri cogatur. *C. 10. 17. 1.*

Resp. Quod hoc specialiter constitutum est in favorem eorum, qui è Provinciis, & Regionibus longinquis, tributa in ærarium principis, pendunt, ne à usceptoribus, id est, ab iis, qui tributis recipiendis præficiuntur, ex mora & cunctatione incommodum eveniat, ad debitorum privatorum solutionem, nullo modo pertinet.

Bartolus de hac quæstione ita statuit: Quod facta oblatione, absque consignatione, & depositione, quæritur 1. Aut de periculo interitus rei debitæ. 2. Aut de liberatione pignoris. 3. Aut de usuris. 4. Aut de debiti solutione.

1. Quoad periculum interitus rei debitæ, ait, quod qui obtulit, aut ex natura contractus tenebatur, de casu fortuito, & tunc propter oblationem, tenetur solum de dolo, culpa, lata & levi, aut tenebatur de dolo, culpa, lata & levi, & tunc per oblationem liberatur à culpa levi, & tenetur tantum de dolo, & culpa lata, *l. Qui decem C. Pro socio.*

2. Quoad liberationem pignoris ait, Quod aut oblatio fit in judicio, & pignus liberatur, *l. si rem S. 1. D. de pignorat. Actione*, aut fit extra judicium, & tunc aut quæritur an profit ad actionem parandam, & non valet, *l. Aliena, S. si per Creditorem, D. eod.* Aut an profit ad exceptionem interponendum, & valet, *l. liberatur, S. 1. D. Quibus modis pignus solvitur.*

3. Quoad usuras, & ait, aut usuræ ceperunt currere, & non sufficit sola oblatio, aut non ceperunt currere, & oblatio sufficit; *l. Si per se C. de usuris.*

4. Quoad solutionem debiti ait, aut Creditor habet justam causam recusandi, & tunc oblatio sola nihil

408 *Quaestionum Juris Civilis*

nihil operatur *l. si soluturus C. de solutionibus*; aut non habet, & tunc aut res oblata extat, & oblatione non obstante debetur, aut res non extat, & tunc si debitum sit species, Debitor liberatur ipso jure; si sit genus, aut quantitas liberatur ope exceptionis *l. Qui decem D. de solutionibus*.

Vid. Bartolum ad l. 19. C. de usuris. Brissonium de solutionibus l. 2. cap. de obfignatione: Hunnium lib. 3. tract. 8. quaest. 7. 8. 10.

QUÆST. VIII.

An redditione Chirographi, debitum remissum sit censendum?

Quod sic,

1. **S**I debitori meo, inquit *Paulus*, cautionem reddiderim, videtur inter nos convenisse, ne peterem, profuturamque ei exceptionem placuit. *D. 2. 14. 2.*

2. Qui Chirographum legat, inquit *Julianus*, non tantum de tabulis cogitat, sed etiam de actionibus quarum probatio tabulis continetur, Appellatione enim Chirographi, uti nos pro actionibus palam est cum venditis Chirographis nomina venisse intelligamus. *D. 32. 1. 59. D. de Legat. 1. l. 45. similiter.*

3. Si cui, inquit idem *Julianus*, ita legatum esset si tabulas Chirographi mei, hæredi meo reddiderim hæres meus ei decem dato, hujusmodi conditio hanc vim habet, si hæredem meum debito liberavit. *D. 30. 1. 84. S. 7.*

4. Si Chirographum, inquit *Ulpianus*, quis decens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fidei commissio, hujusmodi datione valitura. *D. 34. 3. 3. 4. S. 1.*

5. Titius

5. *Titia*, inquit *Julianus*, *Chirographa Septicii*, & *Mevii* debitorum suorum illis donatura, *Ageria* dedit, & rogavit eam ut si ea decessisset illis daret, si convaluisset, sibi redderet, morte secuta. *Mevia Titia* hæres extitit; *Ageria* autem ut rogata erat, *Chirographa Mevio*, & *Septicio* dedit: Quæritur si *Mevia* hæres, summam quæ debebatur, ex *Chirographis* perat, vel ipsa *Chirographa*, an exceptione excludi possit? Respondit *Meviam* vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoverti posse. *D. de donat. mortis causa*, l. 18. S. 2. addi potest, l. 28. *D. eodem*.

6. *Diocletianus* & *Maxim*. Creditricem, inquit, patruum sub obligatione fundi, qui per *Chirographum* pignori nexus fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remississe, videri manifestum esse. *C. 8. 26. 7.*

Quod non,

1. Postquam pignus debitori redditur, inquit *Modestinus*, si pecunia soluta non fuerit, debitum peti posse dubium non est. *D. 2. 14. 3.*

Resp. Quod inter redditionem *Chirographi*, & redditionem pignoris, diversa ratio esse potest, quia redditio *Chirographi*, aliam Debitori utilitatem, quam liberationem debiti offerre non potest. Redditio vero pignoris aliud commodum potest debitori afferre, scil. ut facilius ab alio sub eodem pignore pecunia mutua accipiatur, vel ex ejus venditione comparetur; ita Glossa, & *DD. ad eandem legem*.

2. Si *Chirographum*, inquit idem *Modestinus*, cancellatum fuerit, licet præsumptive Debitor liberatus esse videatur, in eam tamen quantitatem, quam Creditor adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur. *D. 23. 3. 24.*

T

Resp.

5. *Titia*

Resp. Si Debitor alleget se solutione liberatum, & probationis Chirographum Cancellatum proferat, præsumptione juris liberatur, nisi Creditor adhuc sibi deberi manifeste ostendat, si vero alleget se pacto liberatum, debet probare Chirographum ex pacto sibi traditum fuisse, quia donatio non præsuntitur nisi probetur, *l. cum indebiti D. de probat.*

3. Quidam, inquit *Idem Modestinus*, quasi ex *Seia*, & *Gajo Seio* susceptus, cum *Gaius* frater haberet, hæreditatem *Gaii* invasit, & fratribus ejusdem, quasi ex mandato defuncti, fidei commissâ solvit, cautionemque ab iis accepit, qui cognito postea, quod filius fratris eorum non fuisset, quærebant an cum eo possint propter emissam manum ab iis, quasi filio de hæreditate agere? Respondum est, statum ejus qui à fratribus defuncti probari potest filius ejus non esse, cautione exoluti fidei commissi, minime confirmatum esse, *D. 22. 3. 15.*

Resp. Quod status ejus, qui filius non erat, hujusmodi cautione minime confirmabatur, quia non in eam finem data erat, ut filius agnosceretur, sed quasi à filio fidei commissâ esse soluta, & quoad liberationem à fidei commissis satis operari potuit.

4. *Diocletianus & Maximianus.* Quod debitori tuo, *inquunt*, Chirographum redditum contra voluntatem adseveras, nihil de tuo jure diminutum est. Quibuscunque ergo argumentis, jure proditis, hanc obligationem probanti, Judex eum pro hujusmodi facto liberationem minime consequuturum, ad solutionem debiti jure compeller. *C. 8. 43. 7.*

Resp. Quod in hoc casu redditio Chirographi Creditoris jus diminuere non potuit, quia contra ejus voluntatem facta est, unde inferri potest, si ex ejus voluntate facta fuisset, ejus jus diminutum foret.

5. Inductum, id est cancellatum, *inquiunt iidem Impp.* necne sit Chirographum, solutionem debiti causa semel factam, ei qui exigendi potestatem habuit, vestrum probantium nihil interest, unde inferri potest, Quod si inductum sit Chirographum, nihil interest ejus qui debitum non solum probare potest. C. 8. 43. 22.

Resp. Quod ubi aliæ probationes suppeditantur parum refert utrum Chirographum, saluum sit, & interum necne, sed ubi aliæ probationes desunt à cancellatione, & redditione Chirographi valida est præsumptio.

6. Inquisitio veritatis, *inquiunt iidem Impp.* tolli non potest, quod Chirographa, quæ fecerat frater ejus, recepta, tibi que restituta ab ipsius hærede proponas, cum subscriptione Procuratoris significante, quod nihil creditoribus debeat, Cum nihil prohibeat, & Creditoribus satisfactum esse, & non vestra pecuniæ, sed ipsius cui negotium gerendum mandaveras, solutionem processisse. C. 8. 43. 18.

Resp. Quod Creditoribus satisfactum esse, & Debitorem, eorum respectu, liberatum, Chirographa reddita ostendunt; sed si hæredes procuratoris qui solvit, & Chirographa reddenda curavit, pecuniam creditoribus solutam, ipsius propriam, non Debitoris esse allegent, inquisitio veritatis, uti aiunt Impp. tolli non potest, id est non debet, cum Chirographa satisfactione Procuratori facta nihil probent.

7. Antiqua latinitatis modus, *inquit Justinianus*, Civitatem Romanam transferendi erat, si quis instrumenta, ex quibus servus ostendebatur, vel dedisset servo, vel corruperit, Sed ne furandi occasio foret forsitam detur, & sua malignitate in libertatem perveniant, talis modus certa, & indubitata probatione manifestetur, &c. C. 7. 6. 1. S. 11.

Resp. Quod Imperatori sic statuere consentaneum est, quia alia ratio Chirographi homini ingenuo, & extraneo, alia servo domestico, instrumen-

tum servitutis reddendi, quod hoc prout in constitutione innuitur per furtum, aut nequitiam obtinere potuit, & proinde aliae probationes adhibendae requirebantur, illud autem à suspitione fraudis & malitiæ magis alienum fuit.

Socinus pro regula tradit, si instrumentum per Debitorem repertum sit, Creditor ipsum liberari præsumitur, quinque vero casus recenset, in quibus hæc regula fallit, utpote. 1. Quando apparet instrumentum ob aliam causam traditum, ut si Creditor tradat instrumentum venditionis, in quo erat debitum, ut venditor defendat rem emptam. 2. Quando ex conjecturis videtur probabile, eum qui instrumentum tradidit, non animo remittendi debiti, sed ob aliam causam tradidisse. 3. Quando in instrumento duo sunt obligati, tunc enim non uterque videtur liberatus, sed is tantum cui traditio facta est. 4. Quando apparet post instrumentum à Creditore Debitori traditum, Debitorem idem instrumentum Creditori restituisse. 5. Quando traditur instrumentum, in quo non continetur jus in re, sed jus in rem, ad quod instrumentum relative se habet,

Vid. Socinum Regula 232. Morlam, tit. II. Bronchurst. cent. I. assert. 38.

QUÆ

QUÆST. IX.

*An Debitor rei debitæ interitu
liberetur ?*

Quod sic,

SIVE cum ipso apud quem res deposita est, *inquit Gaius*, five cum hærede ejus actum fuerit, & ante rem judicatam res sua natura interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, *Sabinus & Cassius* dixerunt absolvi debere eum, cum actum est. Quia æquum sit naturam interitum, ad actorem pertinere, utique cum res interita ea res, etsi actori restituta fuisset. *D. 16. 3. 14.*

1. Illud, *inquit Paulus*, quod in Oratione *Divi Adriani* est, ut post acceptum judicium, id actori restitatur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo res hereditas restituta esset, interdum durum est: id enim si post litem contestatam, mancipia aut pecunia, aut pecora deperierint, damnari debebit. secundum verba Orationis, quia Petitor potuit hereditate restituta, ea distraxisse, & hoc justum esse specialibus petitionibus *Proculus* placuit; *Cassius* contra sentit: In Prædonis persona *Proculus* recte estimat, in bonæ fidei possessoribus *Cassius*. Non enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum hujus periculi, jus suum indefensum relinquere. *D. 5. 3. 40.*

2. Si certos nummos, *inquit Paulus*, qui in arca stipulatus sum, & hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur. *D. 45. 1. 37.*

3. Si ex stipulatu, aut ex causa legati, *inquit Proculus*, hominem certum mihi debeas, non

414 *Questionum Juris Civilis*

aliter post mortem ejus teneris, quam si per te steterit, quo minus eo vivo eum mihi dares, quod ita fit, si interpellatus eum non dedisti, aut occidisti eum. *D. 45. 1. 23.*

5. Qui decem debet, *inquit Marcellus*, si ea obtulerit Creditori, & ille sine justa causa accipere recusaverit, deinde Debitor sine culpa sua, ea perdidit, Quamquam aliquando interpellatus non solvit, Doli mali exceptione se tueri potest. *D. 46. 3. 72.*

6. Certis corporibus relictis, *inquit Macianus*, si sine culpa hæredis deperierunt, vel deteriorata sunt, proculdubio aut nihil debebitur, aut eorum quæ extabunt, qualia erunt, *D. 45. 2. 3. S. 4.* Eodem tendunt, *l. 14. S. 11. D. Quod metus causa, l. 36. S. 3. D. de legat. 1.*

Quod non,

1. Ille, *inquit Gaius*, qui mutuum accepit, si quo libet casu, quod accepit, amiserit nihilominus obligatus manet. *D. 44. 7. 1. S. 4.*

Resp. Quod mutuum non datur, nisi in rebus quæ quantitate consistunt, nec idem, sed aliud, ejusdem generis est reddendum, & proinde licet id quod quis mutuum accepit, interiit, ad aliud ejusdem generis, quod genus interire non potest, reddendum obligatur.

2. Si homo ex stipulatu petitus, *inquit Paulus* post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam, & fructuum rationem habendam placet. *D. 42. 1. 8.*

Resp. Quod homini ex stipulatu debito, non solum ipse, sed etiam commoda eidem accessoria, ut pote forte legata peti possunt, & proinde etiam mortuo Debitor de homine condemnari non potest non tamen est absolvendus, quia quoad commoda quæ supersunt, actio durat.

3. In hac actione, id est triticaria, *inquit Ulpianus*, si post moram res deterior facta sit, *Marcellus* scribit æstimationem habendam, quanto deterior res facta sit, & ideo eum qui post moram servum eluscatum dederit, non liberari. *D. 13. 3. 3.*

Resp. Quod debitor in hoc casu non liberatur, quia in mora fuit, id est rem integram cum debita & petita fuit, & tradere potuit, tradere neglexit, quia mora sua cuique, non alteri nocere debet. *l. 99. D. de Reg. Juris.*

4. Si servum, *inquit Paulus*, stipulatus fuero, & nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem promissor eum occidat expeditum est &c. *D. 45. l. 91.*

Resp. Quod promissor tenetur, etsi non fuit in mora, quia fuit in culpa servum quem dare tenebatur occidendo, quia per eum stetit quo minus dare possit, nec liberatur. Quia nemo culpa sua conditionem meliorem facit.

5. Si post iudicium acceptum, *inquit idem Paulus*, homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo, & culpa possessoris, interdum tamen tanti damnandus est, quanti actoris interfuit, per eum non effectum, quo minus tunc cum iudicium inciperetur, homo exhiberetur, tanto magis si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset. *D. 10. 4. 12. S. 4.*

Resp. Quod quando agitur ad exhibendum non statim de re ipsa agitur, sed ut res in publicum producat, quo melius is qui acturus est an agendum sit deliberare possit. *D. eodem l. 2.* Itaque si post iudicium acceptum, vel inchoatum mortuus sit, possessor non ad æstimationem hominis, sed ad interesse ejus interfuit actoris exhibitum fuisse condemnandus est.

6. Si servus petitus, *inquit Ulpianus*, vel animal aliud demortuum sit sine dolo, & culpa promissoris, pretium non esse præstandum, plerique aiunt, sed

416 *Questionum Juris Civilis*

sed est verius, si petitor forte distrahturus erat, si accepisset. moram passio præstari debere; nam si restituisset petitor distraxisset, & pretium lucratus esset. *D. 6. 1. 15. S. 4. D. de Legat. 1. l. 47. in fine similiter.*

Resp. Quod in his casibus sic statuitur etiam propter moram debitoris, qua Creditor impeditus erat, quo minus pro jure suo rem distrahendo pretium ejus consequi posset.

7. Quod te mihi dare oportet, inquit Pomponius, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore detrimentum constat, Sed cum quæritur an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua id fuerit, necne, sed etiam si justa aliqua causa fuerit, propter quam intelligere deberis te dare oportere. *D. 12. 1. 15.*

Resp. Quod, hoc intelligendum de malæ fidei possessore qui scivit rem se dare oportere, & proinde non liberatur, etsi res in ejus potestate esse desierit. Quia malæ fidei possessor semper est in mora, rem alterius non restituendo intelligitur.

8. Quemadmodum, inquit Pomponius, quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oportet, post judicium acceptum, cum detrimento rei, (conventi scilicet) perierit, sic depositum quoque, eo die quo depositum actum est, periculo ejus apud quem depositum fuit, si judicii accipiendi tempore reus potuit id reddere, nec reddidit, *D. 16. 3. 12. S. 3.*

Resp. Quod judicium acceptum per litis contestationem intelligitur, & litis contestatione, rei possessor, sive Debitor se obligat ad subeundum judicium, secundum rei conditionem, quæ est tempore litis contestatæ, & multo magis tenetur Depositarius, qui ad fidem exactiorem obligatur.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit, quod aut Quantitas, aut Genus, aut certa species debetur. 1. Si quantitas debetur, aut id quod debetur fuit oblatum,

oblatum, & postea sine culpa Debitoris periit, & tunc Debitor, etsi non ipso jure, ope tamen exceptionis liberatur, *l. Qui decem D. de solution.* Aut non fuit oblatum, & tunc indistincte periculum ad Debitorem pertinet. 2. Si genus debeatur, genus illud aut est generalius, ut homo in genere, & tunc idem dicendum, quod de quantitate, quia tale genus perire non potest, *l. in ratione, S. incertae D. ad legem falcidiam.* Aut genus est specialius, ut unus de servis pluribus, & tunc aut de genere illo unus periit, & non liberatur, quia superest quod praestari potest, aut totum illud genus periit, & tunc Debitor liberatur, distinguendo tamen utrum ante vel post moram periit. 3. Si certa species, vel certum corpus debeatur, aut debetur simpliciter, aut alternative. 1. Si species simpliciter debeatur, aut periit facto Debitoris, aut facto Creditoris, aut facto neutrius. 1. Si facto Debitoris periit, aut factum illud justum fuit, & liberatur, *l. Qui servum, D. de verb. obligat.* Aut fuit injustum & non liberatur, *l. eadem.* 2. Si facto Creditoris periit, Debitor liberatur, *l. Arbitrio, S. fin. D. de dolo. & l. in legis Aquiliae, S. fin. D. ad legem Aquiliam.* 3. Si facto neutrius, & tunc aut facto tertii, & Debitor liberatur, aut casu fortuito, & tunc aut periit ante moram Debitoris, & Debitor liberatur, vel post ejus moram & non liberatur, *l. 5. D. de rebus creditis.* 2. Si species alternative debeatur, ut Stichus aut Pamphilus; altero mortuo, qui vivit debetur, nisi mora tacta sit in eo mortuo quem Creditor elegit; nam tunc solus ille debetur, qui decessit, perinde ac si in obligatione solus fuisset. *l. 19. D. de solutionibus.*

Vid. Bartolum ad l. 5. D. de rebus creditis. Donnellum ad eandem. Hotomannum, quest. 29. Tacium, cent. 3. quest. 63.

Q U Æ S T. X.

*An cum Debitor succedat Creditori, vel e
contra, debitum exlinguatur?*

Quod sic,

1. **A**ditio hæreditatis, inquit *Papinianus*, non-
nunquam confundit obligationem, veluti
si Debitor Creditoris, vel e contra Cre-
ditor Debitoris hæreditatem adierit. *D. 46. 3. 95.
S. 2.*
2. Si Debitor, inquit *Modestinus*, Creditori hæres
extiterit, confusio hæreditatis, petitoris actionem pe-
rimit. *D. 46. 3. 75.*
3. Si Debitori tuo, inquit *Antoninus Imp.* hæres
extitisti, actio quam contra eum habuisti, confusa
est. *C. 2. 3. 7.*
4. Deducta quarta parte, inquit *Papianus*, ro-
gatus hæreditatem restituere, hæreditario Debitori,
hæres extitit, quoniam actio eo casu confusa est, per
Trebellianum reintegrari non potest. *D. 36. 1. 58.*
5. Si uxor, inquit *Ulpianus*, maritum suum cui
dotem promiserat, ita hæredem scripsit, si dotem
quam ei promisit, neque petierit, neque exegerit, si
ex asse institutus sit sub ea conditione, quia non
est cui caveat, non impeditur, quo minus hæredita-
tem adeat; Nam ipso jure videtur conditio impleta,
eo quod ipso adeunte hæreditatem, non est quem
potest de dote convenire. *D. 35. 1. 7. S. 1.*
6. Si stipulator, inquit *Africanus*, reum hæredem
instituerit, omnimodo fidejussoris obligationem peri-
mit, siue civilis, siue naturalis tantum obligatio in
reum fuisset; quoniam nemo potest apud eundem
pro seipso obligari. *D. 46. 1. 50.*

7. Debitori,

7. Debitori, inquit *Papinianus*, Creditor pro parte hæres extitit, fidejussorē cohærede accepto, quod ad ipsius portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut quod verius est, solutionis potestate. *D. 46. 1. 21. §. 3.*

8. *Uranus Antoninus*, inquit *Paulus*, pro *Julio Pollione*, & *Julio Rufo*, pecuniam mutuam accipientibus, apud *Aurelium Palmam* mandator extitit, *Julii* bona ad fiscum venerunt, similiter & fiscus Creditori successit; mandator allegabat, se liberum jure confusionis, quia fiscus tam Creditori, quam Debitori successerat, & quidem si unus Debitor fuisset, non dubitabam liberatum esse, quamvis enim principali Debitore in judicio convento mandator non liberetur, tamen ubi Creditor successit Debitori, obligatione veluti solutionis jure, sublata, etiam mandator liberatur, quia non potest quis pro eodem apud eundem mandator esse. *D. 46. 1. 71.*

Quod non,

1. *Lucius Titius*, inquit *Marcellus*, cum duos filios hæredes reliquerat, testamento ita cavit, Quisquis liberorum meorum mihi hæres erit, ejus fidei committo, ut si decedat sine liberis, hæreditatis meæ bessem fratri restituat; frater decedens fratrem suum ex dodrante (hæreditatis suæ) fecit hæredem quæsitum an fidei commissio satisfecerit. Responsum, id quod ex testamento. *L. Titii* frater fratri debuit, pro ea parte, qua alius hæres extitisset, peti posse, nam parum interest inter hanc speciem, & cum alius Creditor Debitori suo hæres extitit. *D. 30. 1. 123.*

Resp. Quod cum Creditor Debitori hæres existit, eatenus duntaxat, ejus locum subit, quatenus ejus hæres est, quo fit ut Creditori, quas contra defunctum habebat actiones, pro ea tantum parte, ex qua successit pereant, de reliquo salvæ manent in cohæredes actiones, & proinde si à fratre defuncti fidei-

fidei commissum patris, non sit plene præstitum, frater cui debebatur etsi hæres ejus pro parte extitit, pro ea parte qua alius hæres fuit, pro residuo agere potest, secus esset si solus hæres extitisset.

2. Pupillis, *inquit Papinianus*, quos oneribus hæreditariis liberandos esse placuit, confusas actiones restitui oportet. *D. 29. 2. 17. in fine.*

Resp. Quod Pupillus, cujus ætati & infirmitati jus favet, contra aditionem hæreditatis restitutus, contra omnia quæ ex aditione sequuntur, & proinde contra actionis confusionem restitui debet.

3. Evicta hæreditate, *inquit Paulus*, per inofficiosi quærelam, ab eo qui hæres institutus esset, perinde omnia observari oportet, ac si hæreditas adita non fuisset, & ideo hæredi instituto, petitio debiti (à defuncto scil.) adversus eum qui superavit, id est evicit, competit. *D. 5. 2. 21. S. 2.*

Resp. Quod ideo ei petitio integra competit, quia is à quo hæreditas evincitur, sibi ipsi pecuniam solvisse, intelligi non potest.

4. Cum quis, *inquit Ulpianus*, debitori suo hæres extitit, confusione Creditor esse desinit, sed si vendidit hæreditatem, æquissimum esse videtur, emptorem hæreditatis, vicem hæredis obtinere, & ideo teneri venditori hæreditatis, si cum moritur, testator ei debuit &c. Et si hæres institutus, hæreditate adita, servitutes amisit, ex vendito possit adversus emptorem experiri, ut servitus restituatur. *D. 18. 4. 2. S. 18.*

Resp. Quod vendita hæreditate, id actum videtur, ut emptor quasi hæres existens, commoda & incommoda hæreditatis agnoscat; *D. communia Prædiorum l. 9.* ubi *Pomponius* si ei *inquit* cujus prædium mihi serviebat, hæres extiti & hæreditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet quia id agitur, ut hæres extitisse videaris, Ideoque non intelligitur agere actione pristina, sed actione nova ex vendito, quia emptor hæreditatis tenetur, vendito-

venditorem servare indemnem; *l. non solum, C. de hereditate vendita.*

5. Debitor, inquit *Paulus*, sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit, hereditatem filiae suae restituere, qui cum nolit hereditatem adire ut suspectam, jussu Prætoris coactus adiit, & restituit &c. Aditione hereditatis obligatio confusa, videamus an non pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione; Responsum non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine comperit, remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. *D. 36 l. 59.*

Resp. Quod hoc casu hæredi succurrendum videtur, quia coactus adiit hereditatem, ut sicut nec lucrum, ita nec damnum, ex ejus aditione sentire debeat. Alii vero, & opinor, verius, ex hac lege sentiunt, quod qui coactus hereditatem adiit actiones suas amittit, In ea enim naturalis tantum obligatio, non civilis remanere dicitur, & quod sibi imputare debet, quia ut in eadem lege sequitur, re integra adire compellendus non erat, nisi prius ei de indemnitate cautum, vel pecunia soluta fuisset.

6. Si hæres, inquit *Justinianus*, contra defunctum habeat actiones, hæ non confunduntur, sed similem cum aliis omnibus creditoribus, per omnia fortunam habeant.

Resp. Quod hoc constitutum est de hærede, qui inventarium conficit, qui inquit *Morla* duas personas sustinet, & testatoris, & propriam; testatoris pro modo opum & facultatum ejus, propriam pro modo sui debiti, & ideo hereditas ei aliquid non debet, quatenus representat personam defuncti, sed ei debet, quatenus est persona diversa, & eo respectu, aliis creditoribus similem fortunam habere potest; sed idem videtur dici posse, de quolibet debitore creditori succedente, & tunc nulla omnino esset obligationum confusio, mihi igitur potius videtur, hac nova Constitutione *Justiniani*, qua multa beneficia à jure com-

422 *Quæstionum Juris Civilis*

communè aliena, hæredibus conficientibus inventarium conceduntur, ita & hoc pro beneficio, contra jus antiquum à *Justiniano* introductum, ut eorundum actiones non confunderentur.

7. In omnibus speciebus liberationum, inquit *Ulpianus*, etiam accessiones liberantur, puta ad promissores, pignora, præterquam quod inter Creditores & ad promissores confusione facta reus non liberatur. *D. 46. 3. 43.*

Resp. Quod ea tantum confusio totam obligationem tollit, quæ inter Creditorem & reum sit, inter Creditores vero & Accessores facta confusione, principali obligatione manente, fidejussoria tantum tollitur. *D. de fidejussoribus, l. 21. P. 3.*

8. Debitor fidejussori, inquit *Papinianus*, hæres extitit ejusque bona venierunt, quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur, petente eo, cui fidejussor obligatus fuit, neque enim ratio juris, quæ propter principalem obligationem, quæ major fuit, causam fidejussionis excludit, damno debet afficere Creditorem qui sibi prospexit. *D. 42. 2. 3.*

Resp. Quod ibi actio fidejussoria, non fuit extincta per confusionem, sed ex eo quia cepit concurrere cum principali obligatione, quæ eam tollit quasi inutilem creditori, unde fit, ut casu quo fidejussoria actio utilitatem afferre possit, ut cum debitoris bona, aliis etiam creditoribus sunt obligata, restituenda sit.

De hac quæstione, ex *Brissonio*, ita *Vultei* statuit quoties Debitor Creditori, vel Creditor Debitori hæres existit, confunditur obligatio, quia in eandem personam utriusque jure concurrente in eum locum res redit, ut obligatio manere nequit, alioquin ipse sibi debere quis videretur, quod nec civilis, nec naturalis ratio patitur, *l. 7. C. de pactis*: Hæres autem quis est vel pro parte tantum vel ex assè, si pro parte tantum, pro ea duntaxat parte, obligatio

ligatio jure confusionis tollitur, pro qua succeditur, l. 7. C. de negotiis gestis, si ex asse, omnis obligatio tollitur, l. 7. S. 1. 1. D. de condit. & demonstrat. deinde obligatione principali sublata, confusione tolluntur, utique etiam ea, quæ veniunt in consequentiam, ut obligationes fidejussoriæ & l. 43. D. de solutionibus; verum ea tantum confusio obligationem tollit omnem, quæ inter Creditorem & Debitorem principalem fit, inter Creditores enim & Accessores, confusione facta Debitor principalis non liberatur; l. 43. D. de solutionibus. Quoties enim in eandem personam, & principalem, & fidejussoria actio confluit, fidejussoria obligatio utpote à principali, ut potentiori tollitur.

Vid. Morlam, tit. 8. quest. 3. Brissonium de solutionibus, l. 2. cap. de confusione Donellum, l. 15. cap. 4. Vulteium. l. cap. 57.

QUÆST.

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS NONA.

QUÆST. I.

*An affectus delinquentis, si effectus non
sequatur sit puniendus.*

Quod sic,

1. **F**raudis interpretatio, inquit *Tapiannus*, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque desideratur. *D. 50. 17. 79.*
2. Divus Hadrianus, inquit *Callistratus*, rescriptit. In maleficius voluntas spectatur, non exitus. *D. 48. 8. 14.*

3. In lege Cornelia (*de sicariis scil.*) inquit *idem*, Dolus pro facto accipitur. *D. 48. 8. 7.*

4. Qui hominem non occidit, inquit *Martianus*, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandus est. *D. 48. 8. 1. §. 3.*

5. Si quis, inquit *Jovianus Imp.* non dicam rapere, sed attentare tantum sacras virgines matrimonii jungendi causa, ausus fuerit; Capitali poena feriat. *C. 1. 3. §.*

6. Quis

6. Quisquis inquit *Arcadium*, *Honorium*, cum militibus, vel privatis scelestam factionem inierit, & de nece illustrium virorum qui consiliis, & consistorio nostro interfunt, cogitaverit, Ipse quidem, utpote Majestatis reus, gladio feriat: Eadem enim severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt. C. 9. 8, 5.

Quod non,

1. Ex maleficio, inquit *Gaius*, oriuntur obligationes veluti ex furto, rapina, damno, injuria. Nam re (id est facto) tantum consistunt, cum alioquin ex Contractu obligationes non tantum re, sed etiam consensu consistunt. D. 44. 7. 4.

Resp. Quod hujusmodi obligationes ex maleficio, ad jus privatum spectant, & ex iis agitur ad satisfactionem privatam, quæ nisi maleficio sit perpetratum, non debetur, quia ex voluntate perpetrandi, aliud damno non afficitur, secus est in delictis publicis, ex quibus agitur ad poenam publicam, & ad deterrendum eos qui delicta machinari possunt.

2. Cogitationis poenam, inquit *Ulpianus*, nemo patitur. D. 48. 19. 18.

Resp. Quod meræ Cogitationis, vel propositi, quod intra fines cogitationis tantum subsistit, nemo poenam pati debet, sed si Cogitatio ad actum aliquem proficiit, est punienda.

3. Hæc verba quod quisque statuerit, inquit *Ulpianus*, cum effectu accipimus; Nam verbum Statuit rem perfectam significat, & consummatam injuriam, non cæptam: Quid enim obfuit conatus, cum nullum injuria sortitur effectum. D. 2. 2. 1.

Resp. Quod in eo Edicto Prætoris, non agitur de poena delicti, sed de compensatione ejus, quod ab altero factum est, injuste, ut quod ipse in alterius personam statuit, idem in ipsius personam obtinere, patiatur, sed non est ratio, ut qui voluit tantum, aut

conatus

conatus est aliquid contra alium iniqui statuere, idem pateretur, ac si conatus ad effectum perductus fuisset.

4. Qui furti faciendi causa, *inquit Ulpianus*, conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi animo intravit. *D. 47. 2. 21. S. 7.*

Resp. Quod furtum sine contrectatione rei, non committitur, & proinde Actio furti ad dupli, vel quadrupli restitutionem, contra eum qui solum animum furandi habuit non competebat, sed qui eo animo conclave intravit, alias puniebatur, cum prout in eadem lege sequitur actione injuriarum tenetur, aut si per vim intravit, de vi accusari potuit.

5. Qui falsam monetam percusserunt, *inquit Paulus*, si id totum formare noluerunt pœnitentiæ suffragio absolvuntur. *D. 48. 10, 19.*

Resp. Quod absolvendi sunt, non quasi in nihilo deliquissent, sed quia (ut ait, Jurisconsultus) cum perficere potuerint, incepti pœnituerit, secus esset, si destitissent, quia ab aliis impediti, perficere non potuerint.

6. Quæsitum est *inquit Paulus*, an is qui Libello Principi dato, falsum se alicui objecturum minatur, si non objecisset, Senatus consulto Turpilliano teneretur? & responsum est verbis Senatus consulti, eum de quo quæritur non teneri. *D. 48. 16, 5.*

Resp. Quod ad pœnam Senatus consulti Turpilliani teneretur, qui ab accusatione incepta destitit, non qui à proposito accusandi recedit.

7. Calumniator, *inquit Ulpianus*, ita demum notatur, si calumniæ causa damnatus fuerit, neque enim sufficit eum calumniatum fuisse. *D. 3. 2, 4. S. 4.*

Resp. Quod cum infamia ex condemnatione oriatur, non sufficit aliquem delictum commisisse cui infamia est irroganda, sed de eo judicialis sententia est proferenda, priusquam infamis habendus sit.

8. Si quis, *inquit Ulpianus*, curaverit alicui injuriam fieri, nec tamen facta sit non tenebitur. *D. 47. 10, 15. S. 10.*

Resp.

Resp. Quod idem *Ulpianus* in l. 11. D. eod. ait, Quod non solum is injuriarum actione tenetur qui fecit injuriam, hoc est percussit, verum etiam ille tenetur, qui curavit ut cui mala pugno percuteretur; Ille scil. principaliter, hic accessorie, unde cum principalis injuria defecit accessoria locum habere non potest.

De hac quaestione *Accursius* in glossa sic distinguit. Quod aut quis cogitavit delinquere, & ad actum aliquem non processit, & non punitur, l. 18. D. de pœnis, aut ad actum aliquem processit, & tunc aut id quod voluit, ad effectum produxit; & indubitanter punitur in l. 3. in Princ. D. Quod quisque juris: aut non perduxit ad effectum, aut quia noluit, & ei parcutur, l. 19. D. ad leg. Cornel. de falsis: & l. 19. D. ad Sium. Turpillianum; aut quia non potuit, & tunc si delictum sit levius non punitur, l. 1. in fine, D. Quod quisque juris: aut delictum est atrocius, & punitur, l. 5. C. de Episcopis & l. 5. C. ad l. Juliani Majestatis.

Vid. *Accursii* glossam, & *Cynum* ad legem 5. C. de Episcopis. *Bartolum* & *DD.* ad l. 1. S. Divus D. ad l. Cornel. de Sicariis. *Jul. Clarum* sentent. l. 5. S. final. quaest. 92. *Bronchurst.* Miscel. cen. 2. assert. 62. *Pacium*, cent. 7. quaest. 65.

Q U Æ S T. II.

*An delinquens ultra id quod cogitavit
de eventu teneatur?*

Quod non,

I. **S**I defendendi mei causa, inquit *Paulus*, lapidem in Adversarium misero, sed non eum sed pretereuntem percussit, tenebor lege *Aquila*: Illum enim solum, qui vini infert ferire conceditur. D. 9. 2. 45.

Si

Si injuria, *inquit idem*, mihi fiat ab eo cui sum ignotus, aut si quis putet me *Lucium Titium* esse, cum sim *Gaius Seius*, prævalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle: Nam certus ego sum, licet ille me alium esse putet, quam sum, & ideo injuriarum actionem habeo *D. 47. 10. 18. S. 3.*

3. Si quis æs subripuit, *inquit Ulpianus*, dum aurum se surripere putat, aut è contra, aut minus esse, quod plus est, ejus quod surripuit furtum committit. *D. 47. 2. 21.*

4. Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, *inquit Paulus*, etsi dolo non faciunt, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam relegantur. Quod si ex eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur. *D. 48. 19. 38. S. 5.*

5. Quoniam multa facinora, *inquit Constantinus Imp.* sub uno violentiæ nomine continentur, cum aliis vim inferre tentantibus, aliis cum indignatione resistentibus, verbera cædesque crebro admixtæ detegantur, Placuit, si quis forte ex possidentis parte, vel ejus qui possessionem temerarii tentaverit, interemptus sit, in eum supplicium exerceri, qui vim facere tentaverit, & alterutri parti malorum causam præbuerit, & non jam relegatione plectatur, sed eum Capitale supplicium excipiet. *C. 9. 12. 6.*

Quod non,

1. Siquis, *inquit Ulpianus*, meretricem ancillam alienam rapuit, vel celavit, verum est furtum non esse: Nec enim factum quæritur, sed causa faciendi, faciendi autem causa libido fuit, non furtum. *D. 42.*

2. 53.

Qui injuriæ causa, *inquit Paulus*, januam effregit, quamvis per alios res amotæ sunt, furti non tenetur. Nam maleficia, voluntas & propositum delinquentis, distinguit. *D. 47. 2. 53.*

Resp.

Resp. Quod cum quæritur, quale sit delictum, sola voluntas, & propositum delinquentis respicitur, Cum autem quæritur quid delictum operatur, eventus, & damnum id quod sequitur ex delicto, spectatur, Et proinde qui ancillam alienam meretricem rapuit, causa libidinis, etsi furtum non faciat, ad restituendum tamen Domino ancillam, & id quod ejus interest, raptum non fuisse tenetur, Et qui animo injuriandi tantum, januam effregit, rerum per alios amotarum furti nomine non tenetur; Actione vero in factum ad resarciendum damnum compelli potest.

2. Siquis, *inquit Ulpianus*, furto surripuit duos sacculos, unum decem, alterum viginti, quorum alterum suum putavit, alterum alienum, dicemus eum tantum unius, quem scivit aliehum, furtum facere. *D. 47. 2. 21. S. 3.*

Resp. Quod furtum est rei alienæ contrectatio, proinde rei suæ, nisi alteri oppignoratæ, quis furtum facere non potest, unde in hoc casu, qui duos sacculos surripuit, minus delinquere potuit quam cogitavit, non magis, aut ultra id quod cogitavit, ita ut non plus fuerit in eventu, quam in cogitatione, sed minus.

3. Siquis, *inquit Ulpianus*, virgines appellasset si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur, multo minus si meretricia veste fœminæ, non matrumfamiliarum vestitæ fuerint. Si igitur non matronali habitu fuerit & quis eam appellavit, vel si comitem abduxit, injuriarum non tenetur. *D. 47. 10. 15. S. 15.*

Resp. Quod qui virginem ancillari, vel matronam meretricia veste indutam, attentat, quamvis inde probum iis nascatur, ipsis injuriam facere non videtur, quia ipsis imputandum, quod erroris causam dederint.

4. Cum aliquis, *inquit Paulus*, filiumfamilias, patremfamilias esse putat, non potest videri patri injuriam

430 *Questionum Juris Civilis*

injuriam facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat quia neque in personam (patrifamilias scil. vel viri) confertur injuria, nec transferri per personæ putationem, ex persona filiorum ad eos potest; cum affectus injuriam facientis, in hanc, tanquam patremfamilias consistat, ex quibus apparet, quod qui deliquit, ex eo quod non cogitavit, non tenetur. *D. 47. 10, 18. S. 4.*

Resp. Quod injuria facta filiofamilias, ad patrem, & uxori ad maritum pertinet, sed ad filiumfamilias, & uxorem principaliter, ad patrem, & maritum ex consequentia, tanquam ad personas accessorias, Si in personam principalem, ratione alicujus qualitatis, quæ non apparuit, gravior fiat injuria, quam de qua quis cogitavit, de ea tenetur, qui injuriam fecit, si vero per consequentiam injuria facta personam accessoriam afficiat, de ea quis non tenetur, quia ei directe nulla injuria inferitur, nec cogitatio injuriam facientis ad eum transferri potest.

5. Divus Hadrianus, *inquit Martianus*, rescriptit, Qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit absolvi posse. *D. 48. 8, 1. S. 3.*

Resp. Quod qui hominem occidit lege *Aquila* non tenetur, nisi in culpa fuerit; nec lege *Cornelia* nisi ex dolo, & proposito occidit; qui vero casu fortuito occidit, neutra lege tenetur, quemadmodum *Antoninus Imp.* etiam rescriptit: Ea quæ improvise casu, potius quam fraude accidunt fato, non noxæ imputantur *C. ad legem Corneliam de sicariis, l. 1.*

6. Eum (*inquiunt Dioclet. & Maxim.*) qui adseverat se, non voluntate, sed casu fortuito homicidium fecisse, cum calcis ictu mortis occasio præbita videatur: si hoc ita est, neque super hoc ambigi poterit, omni metu, ac suspitione, quam ex admittæ rei discrimine sustinet, liberari volumus. *C. 19. 6. 5.*

Resp. Quod hoc casu cum præter voluntatem, casu fortuito Calcis ictu occasio mortis præbita diceretur, Imperatores, ipsum qui calce percussit absolvendum rescripte-

rescripserunt, sed non aliter nisi omnino constaret, præter ejus voluntatem, & casu, hoc contigisse, quod si verum apparuit nihil ei juste imputari potuit.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit. Quod qui plus commisit, quam cogitavit, aut plus deliquit circa personas, aut circa res. 1. Si circa personas consideratur, aut persona quæ principaliter offendebatur, & spectatur eventus, *l. Eum qui nocentem, S. penult. D. de injuriis*, aut persona, quæ per consequentiam, & accessorie offendebatur, & tunc aut utramque personam offendit, & cum veller unum percutere, percussit duos, & de utroque tenetur. *l. Scientiam, S. qui cum aliter, D. ad legem Aquilianam*; aut alteram personam immediate non offendit tangendo, vel percutiendo, & tunc animus magis inspicitur, quam Eventus, *l. Eum qui nocentem, S. 2. D. de injuriis*. 2. Si quis circa res plus deliquit, aut delictum de quo quis cogitavit, tendebat ad id quod evenit, & tunc Eventus spectatur, aut non tendebat ad id quod evenit, & tunc aut plus delinquitur circa eandem rem, & inspicitur Eventus, *l. Vulgaris, S. si quis D. de furtis*, aut plus delinquitur circa diversas res, & non inspicitur Eventus, *l. eadem, S. sed etsi quis*.

Vid. Bartolum ad l. Divus D. ad l. Corneliam de Sicariis. Cynum ad l. 5. C. de Episcopis quæst. ult. Pacium, cen. 7. quæst. 65.

QUÆST. III.

*An ex delicto commissio, cujus pœnituit,
quis teneatur?*

Quod sic,

I. **C**OELIUS fugitivum esse ait, *inquit Ulpianus*, qui ea mente discedit ne ad dominum redeat, tamen si mutato consilio, ad eum revertatur, Nemo enim tali peccato, pœnitentia sua nocens esse definit. *D. 21. 1. 17. S. 1.*

2. Qui ea mente, *inquit Ulpianus*, quid alienum contrectavit, ut lucri faceret, tamen si mutato consilio, id domino postea reddidit, fur est. Nemo enim peccato, pœnitentia sua nocens esse definit. *D. 47. 2. 65.*

3. Cum furti actio, *inquit Gaius*, ad pœnæ persequutionem pertineat, apparet, re recepta nihilominus salvam esse furti actionem. *D. 47. 8. 5.*

4. Non prodest *inquit idem*, ei qui vi rapuit ad evitandum pœnam, si ante iudicium restituat rem, quam rapuit.

5. Potes agere depositi, *inquit Labeo*, cum eo, qui tibi non aliter, quam nummis à te acceptis depositum reddere voluerit, quamvis sine mora & incorruptum reddiderit. *D. 16. 3. 34.*

6. Hi qui sanctam fidem prodiderunt, *inquiunt Theodosius, & Arcadius*, à consortio omnium segregati sint, &c. Sed nec unquam in statum pristinum revertantur, nec flagitium pœnitentia obliterabitur. *C. 1. 7. 2.*

Quod non,

I. Qui falsam monetam percusserunt, *inquit Paulus*, si id votum formare noluerunt suffragio justae pœnitentiæ absolvuntur. *D. 48. 10. 19.*

Ref.

Resp. Quod hoc casu qui falsam monetam cudendi propositum habuerunt, ob poenitentiam absoluti sunt, quia crimen adhuc plene commissum non erat, & plene committere cum potuerint, noluerunt, aliud esset si crimen plene commissum fuisset, vel si destitissent, quia committere non potuerint.

2. Siquis alienando rem, *inquit Gaius*, alium nobis adversarium suo loco substituerit, actione in factum tanti nobis tenetur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse: Siquis vero, *inquit Paulus*, alienaverit, deinde receperit, edicto non tenetur. *D. 4. 7. 1. & 8. S. 4.*

Resp. Quod quando ex delicto oritur actio ad interesse, admittitur poenitentia, si ex ea desinat interesse, ut in hoc casu, cum ab eo qui alienavit res recepta est, tunc enim idem existit adversarius, qui antea; secus est cum ex delicto actio oritur ad poenam.

3. Siquis, *inquit Ulpianus*, rem metu ablatam non restituit, Praetor in quadruplum iudicium pollicetur, quibus verbis ad evitandum iudicium, rei ablatæ restitutionem sufficere videtur. *D. 4. 2. 24. S. 1.*

Resp. Quod *Ulpianus* fatetur hoc praeter regulas juris à Praetore esse indultum cum dicat satis clementer cum eo Praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare, quibus verbis significat alias ad evitandam poenam restitutionem non sufficere.

4. In Libertum, qui sine Praetoris permissione Patronum in jus vocavit, *inquit Ulpianus*, quinquaginta aureorum iudicium datur, *Labeo* vero ait, moderandam esse jurisdictionem, si Libertum poeniteat, & actionem remittat. *D. 2. 4. 24. & 11.*

Resp. Quod cum Liberto, qui delicti poenituit, mitius agendum videri potuit, pro benignitate Patroni erga Libertum, in cuius bonis, si intestatus decedat, successurus est.

434 *Questionum Juris Civilis*

5. Senatus censuit, *inquit Ulpianus*, ne fugitivi servi admittantur in saltus, neque protegantur à villicis, & mulctam statuit. His autem, qui intra viginti dies, fugitivos vel Dominis reddidissent, vel apud Magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit. *D. 11. 4. 1. S. 1.*

Resp. Quod ei qui servum fugitivum in saltus admittit, & postea intra viginti dies Domino reddidit, in ante actum venia datur, uti ait, in glossa *Accursus*, quia potuit esse ignarus conditionis, vel servi, vel Domini, & non doli, sed culpæ tantum reus esse.

6. Labeo ait, *inquit Paulus*, si rem quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex pœnitentia redemeris, & eodem statu habeas, five ignorante me, five sciente, ea gesta sunt, videris in potestatem meam reddidisse. *D. 41. 3. 4. S. 10.*

Resp. Quod hoc etiam in casu Glossa tradit, is qui rem depositam suscepit, & vendidit, eam emptori non tradidisse videtur, sed apud se retinuisse, ita ut ejus delictum non esset plene commissum, nec ex eo, is qui rem deposuit, ullum incommodum ex ejusmodi venditione, senserit.

7. Hoc edictum, (de Publicanis scil.) *inquit Ulpianus*, in aliqua parte mitius est, & restituendi vi abreptum, facultas datur, quod si delinquens fecerit, omni onere exuitur, & pœnali actione edicti ex hac parte liberatur. *D. 39. 4. 1. S. 3. & 4.*

Resp. Quod *Ulpianus* respondens quæstioni, cûr hoc edictum contra Publicanos propositum sit, cum jus alias provideret furtis, damnis, & vi raptis, ait, Hoc edictum mitius est, cum restituendi facultatem Publicanis concedat, quod in actione furti, damni, & interdicto vi bonorum raptorum, non permittitur, & prout in *l. 14. D. Quod metus causa*, clementiam quandam quæ rigorem juris communis mitigat, adhibitam ostendit, unde *Gotofredus*, ad *l. 65. D. de furtis*

furtis notat, In casibus à lege expressis poenitentiam admitti, alias non admitti.

8. Improbum quidem & facinorosum, *inquit Alexander Imp.* fateris te, eandem rem pluribus pignoras, dissimulando in posteriori obligatione, quod eadem aliis pignori teneretur, verum securitati tuæ consulis, si oblato omnibus debito, criminis instituendi causam peremeris. C. 9. 34. 1.

Resp. Quod casus in hac lege expressus non cadit sub aliqua specie delicti, vel criminis in jure expressi, nec cujus poena est certa, sed extraordinaria, & Imperator magis suadet, quid fieri possit, ad evitandum judicium, quam statuit, quid in judicio pronuntiandum sit, si negotium in judicium deduceretur.

9. *Johannes Patriarcha urbis Romæ*, in Epistola ad *Justinianum* Imperatorem: *Æquum est, inquit*, ut qui nostris statutis obedientiam non accommodaverint ab Ecclesia habeantur Extorres, sed quia gremium suum redeuntibus, nunquam glaudit Ecclesia, obsecro clementiam vestram, si deposito errore, & prava intentione depulsa, ad unitatem Ecclesiæ reverti voluerint, in nostram communionem receptis, indignationis vestræ aculeos amoveatis, & nobis intercedentibus, benigni animi gratiam condonetis, contra id quod statuitur in l. 3. C. de Apostatis, C. 1. 1. 8. S. 2.

Resp. Quod *Justinianus* ultra censuras Ecclesiasticas poenas civiles hæreticis imposuerat, Romanus Patriarcha, qui habuit potestatem dispensandi in censuris Ecclesiasticis, rogat ut Imperator ex *Clementia*, eadem faceret in poenis civilibus, quoad eos qui errore deposito, ad unitatem Ecclesiæ reverti voluerunt, quod uti tradit *Decius ad cap. 4. de Reg. Juris in 6.* Congruit æquitati juris Canonici, etsi non rigori Juris Civilis, sed & eadem lex loquitur de errore seductis, cui non adversatur, *lex. 3. C. de Apostatis*, in qua Impp. ita statuunt, Quod lapsis, & errantibus

436 *Questionum Juris Civilis*

bus subvenitur, perditis vero nullo remedio pœnitentiæ, quæ aliis criminibus prodesse solet, succurritur.

De hac quæstione *Bartolus* sic distinguit, Quod aut quæritur de delicto in foro Civili, aut in foro conscientię. 1. Si quærat in foro Civili, aut ex pœnitentia apparet in præteritum non fuisse delictum, & admittitur pœnitentia, *l. 1. C. de crimine Stellionatus*: aut illud non apparet, & tunc aut res circa quam delinquitur, per pœnitentiam ad statum pristinum reduci potest, aut non potest reduci. Si ad statum pristinum res reduci potest, aut ex delicto oritur actio ad interesse, & admittitur pœnitentia, si ex ea desinat interesse, *l. ex hoc edito S. ult. D. Alienatione judicii mutandi causa*, aut ex delicto oritur actio ad pœnam, & tunc aut actio erat pœnalis de jure communi, & antiquo, & non admittitur pœnitentia, *l. Qui ea mente D. de furtis*: aut erat pœnalis ex jure recentiori, & favorabili, & admittitur pœnitentia, *l. 14. S. 1. D. Quod metus causa*, Si res circa quam delinquitur non potest ad pristinum statum reduci, ut in homicidio, & similibus sine dubio pœnitentia non admittitur. 2. Si quærat de delicto in foro conscientię, qualecunque sit delictum pœnitentiæ & restitutioni locus est, *l. ult. C. de summa Trinitate*.

Vid. Glossam, Bartolum, & DD. ad l. Qui ea mente D. de furtis. Dynum, & alios ad cap. 4. D. de Reg. Juris in 6.

QUÆST.

Q U Æ S T. IV.

*An mandans delictum, & delinquens
pari pœna sint plectendi?*

Quod sic,

1. **I**S, inquit *Ulpianus*, damnum dat, qui jubet dare. Dejecit, inquit *Idem*, & qui mandat. D. 50. 17. 169. & 152.

2. Dejecisse, inquit *Idem*, is videtur qui mandavit, vel jussit ut aliquid dejiceretur, parvi enim referre visum est, suis quis manibus dejiciat, an vero per alium: Quare si familia mea ex voluntate mea dejecerit, Ego videor dejecisse. D. 43. 16. 1. S. 12.

3. Æquissimum, inquit *Idem*, Prætor putavit, dolum ejus coercere, qui impedit aliquem judicio sisti. Fecisse autem dolo malo putatur, non tantum is, qui suis manibus, vel per suos retinuerit, verum qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent ne judicio sistat. D. 2. 10. 1. S. 1.

4. Hoc edicto (scil. de Albo corrupto) inquit *Idem*, tenetur, & qui suis manibus facit, & qui alii mandat. D. 2. 1. 7. S. 5.

5. Non solum is, inquit *Idem*, injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est percussit; verum ille quoque continetur, qui dolo fecit, vel curavit, ut cui mala pugno percuteretur. D. 47. 10. 11. l. eod. S. 3. *similiter*.

6. Fecisse convicium, inquit *Idem*, non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque qui alios ad vociferationem concitavit, vel summisit ut vociferentur. D. 47. 10. 15. S. 8.

Quod non,

1. *Quia mandatum delicti nullum est.*

1. Rei turpis, inquit Paulus, nullum est mandatum; Et qui ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendumve mandatum suscepit, mandati judicio nihil consequi potest, propter mandati turpitudinem. D. 17. 1. 6. S. 3. D. 17. 1. 22. S. 6.

Resp. Quod rei turpis, vel illicitæ mandatum nullum est, vel nullos habet effectus, quoad eum qui suscepit, contra eum qui mandavit, & è contra, sed quoad alium qui ex eo læditur vim habet, & inducit obligationem.

2. *Quia delictum commissum non est mandantis delictum.*

1. Qui servo persuasit, inquit Ulpianus, ut fugeret, fur non est: nec enim qui malum consilium dedit, furtum facit, non magis, ac si persuasit ut se præcipitet, aut sibi manus inferat. D. 47. 2. 36.

Resp. Quod qui suadet alteri id facere quod aliter facturus erat, delicti non tenetur, sed qui alteri suadet, ut id faceret, quod alias facturus non erat, is tenetur: vel, qui persuadet non tenetur, quando author est delicti ejus tantum gratia, cui persuadet, qui vero suadet, quid sui gratia, vel in præjudicium alterius, is delicti author est habendus.

2. Certe, inquit Justinianus, qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum furti non tenetur. I. 4. 1. S. 11.

Resp. Quod ex consilio absque ope aliquis non tenetur, quia nemo alteri consulit, nisi ejus gratia; Ex mandato vero absque ope quis tenetur, quia supponit auctoritatem ejus, qui mandat, intervenire, & eum cui mandatum est absque mandantis ope facere posse.

3. Neque

3. Neque verbis, neque scriptura, *inquit Ulpianus*, quis furtum facit, hoc enim jure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat. D. 47. 2. 52. S. 19.

Resp. Quod nemo primario, & immediate, sine contrectatione furtum facit, mediate, & accessorie, mandato, verbis, vel scriptura, constante, facere potest.

3. *Quia mandato obtemperans omnino non tenetur.*

1. Hi qui in potestate parentum, vel dominorum sunt, *inquit Justinianus*, si rem iis subripiant, furtum quidem faciunt, sed furti actio contra eos non nascitur, si vero consilio, & ope alterius factum fuerit, ille furti tenetur, quia verum est ope, & consilio ejus furtum factum esse. I. 4. 1. S. 12.

Resp. Quod quando qui in potestate parentum vel dominorum sunt, ab iis quid surripiunt, contra eos civiliter agi non potest, quia non est alius præterquam Pater, vel Dominus, qui de hujusmodi furto in judicio conveniri potest, sed si agatur criminaliter ad pœnam delicti, ipsi supplicio subjici possunt, non minus quam ii, quorum ope, & consilio deliquerunt.

2. Ad ea, *inquit Ulpianus*, quæ non habent atrocitatem sceleris ignoscitur servis, si vel Dominis, vel his qui vice dominorum sunt obtemperaverint. D. 50. 17. 157.

Resp. Quod in levioribus delictis, quibus pœna pecuniaria imponitur, servis parcitur, quia Domini qui ejusmodi delictorum authores sunt, pro iis solvere debent: in gravioribus vero, & atrocioribus quorum pœna est corporalis, tam ipsi qui perpetrarunt, quam Domini, qui mandaverunt, tenentur.

Bartolus de hac quæstione sic distinguit. 1. Quoad mandantem, quod aut delictum commissum est, & mandans semper tenetur, quasi author, qui delicto initium præstitit, & mandatarius forte aliter non

440 *Quaestionum Juris Civilis*

commisisset, aut delictum commissum non est, & si leve erat delictum, mandans non tenetur, *l. Apud Labeonem S. si curaverit D. de injuriis*, si grave, & atrox fuit delictum ex solo mandato tenetur, sed non ad poenam delicti, sed ad extraordinariam, *l. i. D. de extraordin. criminibus*. 2. Quoad mandatarium, Quod is aut prætendit excusationem ex persona sua, ut puta quia non putabat delictum, & tunc si id quod mandatum est, poterat esse simpliciter licitum, ut aliquid facere in tali loco, quem putavit mandantis esse, excusatur, *l. in rem S.ignum D. de rei vindicatione*, aut licitum erat tantum certæ personæ, ut marito adulterum cum uxore repertum occidere, & hoc ex mandato agens excusari non debet; aut prætendit excusationem ex persona mandantis, utpote cui necesse habuit parere, & tunc, aut mandatum continebat delictum leve, & mandatarius excusatur, *l. Liber homo D. ad leg. Aquiliam*, aut continebat delictum grave, & tunc non est dubium, quin puniendus sit mandatarius.

Vid. Bartolum, & DD. ad l. non solum D. de injuriis. Hunnium, lib. 3. tract. 7. part. 4. quest. 4. Julium Clarum sentent. lib. 5. S. final. quest. 89.

QUEST.

QUÆST. V.

*An ex Delicto, quisquam conditionem suam
meliozem facere possit ?*

Quod non,

1. **N**emo, *inquit Ulpianus*, ex delicto suo, conditionem suam meliorem facere potest. *D.* 30. 17. 134.

2. Si cui, *inquit Idem*, in sua Provincia adfidere Princeps, speciali beneficio permisit, puto eum reipub. causa abesse; Quod si non ex permisso hoc fecerit, consequenter dicemus, cum crimen admisit, non habere privilegia eorum, qui Reipub. causa absunt. *D.* 4. 6. 38.

3. Si cui, *inquit Idem*, honore suo interdictum sit, non tantum eum honorem petere non potest, verum eos quoque, qui eo honore majores sunt: Est enim perquam ridiculum, eum qui poenæ causa minoribus prohibetur, ad majores adspirare. *D.* 4. 6. 38.

4. Si Senatoris filia, *inquit Idem*, contra Senatus consultum nupserit, valebit donatio, quia Nuptiæ non sunt; sed non fas est eam donationem ratam esse; Ne melior sit conditio, eorum qui delinquant. *D.* 24. 1. 39. *S.* 7.

5. Si vir uxorem suam occiderit, *inquit Pomponius*, doris actionem hæredibus dandam, *Proculus ait*, & recte: Non enim æquum est virum ob facinus suum sperare lucrum facere. *D.* 24. 3. 10. *S.* 1.

6. Facere quis posse videtur, *inquit Ulpianus*, qui dolo fecit, quo minus possit. Nec enim est æquum Dolum suum quenquam relevare. *D.* 17. 2. 63. *S.* 7. *D. de recept. arbitr. l.* 31. *similiter.*

V. 5

7. Nun-

442 *Quaestionum Juris Civilis*

7. Nunquam plura delicta concurrentia, *inquit Idem*, faciunt, ut ullius impunitas detur; Neque enim delictum, ob aliud delictum diminuit poenam. *D. 47. 1. 2.*

8. Furti actio, *inquit Idem*, malæ fidei possessori non datur, quamvis ejus interfit, rem non furripi, cum res ejus periculo sit; sed nemo de improbitate sua consequitur actionem. *D. 47. 2. 12.*

9. Infans, *inquit Celsus*, apud furem adolevit, tam adolescentis, quam infantis furtum fecit, nec dubitaverim, Adolescentis potius quam infantis æstimationem fieri oportere, Et quid tam ridiculum est; quam furis conditionem meliorem esse, propter furti continuationem, existinare. *D. 47. 2. 67, S. 12.*

Quod sic,

1. Cum Appius Claudius, *inquit Pomponius*, actiones ad formam redegisset, *Gn. Flavius*, Libertini filius, ejus scriba, librum subreptum, Populo tradidit, & adeo gratum id munus populo fuit, ut Tribunus plebis fieret, & Senator, & Ædilis Curulis. *D. 1. 2. 2. S. 7.*

Resp. Quod aliud est, cum Judex ordinarius de delicto statuendi potestatem habet, aliud cum Princeps, vel populus qui summam potestatem habet decernit. Hic enim pro utilitate quæ ex delicto sequuta est, poenam remittere, vel pro libitu remunerare potest. Nec tamen *Flavius* ad eos honores proventus est, tam quod librum subripuit, quam quod subreptum populo evulgavit.

2. Titio, *inquit Modestinus*, cum Romæ esset, studiorum causâ, Epistola missa est à Magistratibus patriæ suæ, ut decretum civitatis, quod erat cum Epistola missum, Imperatori porrigeret: Is autem qui literas suscepit *Titio* restituendas, collusione facta, dedit *Lucio*, qui & ipse Romæ suæ rei gratia morabatur.

morabatur, is sublato *Titii* nomine, cui decretum erat missum, uti per ipsum daretur, suum nomen subscripsit, & sic secundum mandatum Reipub. decretum Imperatori dedit. Quæsitum est, quis viaticum ab ea petere potuisset, & quid commississe videretur, qui sublato alieno nomine, inscriptoque suo, quasi ipse iussus à patria decretum Imperatori porrexit, *Modestinus* respondit, *Titium* quidem viaticum petere non posse, sed eum qui nomen incidisset, vel indidisset. D. 50. 1. 36.

Resp. Quod cum quæsitum esset non solum quis in hoc casu viaticum, vel mercedem petere posset, sed etiam quid *Lucius* meritis esset, qui sublato *Titii* nomine suum inscripserat, *Modestinus* de prior parte tantum respondet, *Titium* quia in decreto tradendo nullam operam impendisset, mercedem petere non posse; Eum vero qui id fecit, cui merces erat proposita, petere posse, de posteriore nihil respondet, quia fortassis dubium non erat, quin *Titius* contra eum ob dolum commissum civiliter actionem instituere, & civitas contra eum qui Epistolam suscepit, ratione collusionis ejus, actionem criminalem intentare potuisset.

3. Si Procurator rei, inquit *Paulus*, pecunia accepta, se damnari passus sit, si cum Domino (id est reo) judicati agatur, Is doli mali exceptione se tuebitur, nec hoc quod Procurator accepit ab eo auferri potest. D. 44. 4. 9.

Resp. Quod Dominus sive Reus, ad id quod Procurator accepit nullum jus prætereundum potest, sed si in aliquo læsus sit, ad id quod interest potest agere: Is vero qui pecuniam dedit, repetere non potest, quia prout ratio traditur in eadem lege, Pecunia turpiter accepta, justius penes eum est, qui deceptus sit, quam apud eum qui decepit, id est, penes possidentem, quam eum qui corrumpit, quemadmodum idem *Paulus*, in l. 3. D. de condit. ob turpem causam ait, ubi & dantis & accipientis turpitudine

444 *Questionum Juris Civilis*

turpitudine versatur, dicimus repeti non posse, veluti si pecunia detur, ut male judicetur, utroque tamen casu, & procuratori, & Judici poena publice arrogari potest.

4. Quod Meretrici datur, *inquit Ulpianus*, repeti non potest, ut *Labeo*, & *Marcellus* scribit. D. 12. 5. 3.

Resp. Quod *Ulpianus* ibidem rationem reddit; Quia in hoc casu turpitudine est solius dantis, Illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere cum sit meretrix.

5. Qui à me possidebat, *inquit Ulpianus*, si ab alio vi deiciatur, habet interdictum unde vi, unde ex improbitate sua consequitur actionem. D. 43. 16. 1. S. 30.

Resp. Quod quoad interdictum, unde vi, nihil refert, justa an injusta sit possessio, qualiscunque enim possessor plus juris habet, quam is qui non possidebat, & quamvis verum sit, eum qui ab alio vi possessionem nactus est, improbe fecisse, non tamen ob id quod ipse, verum ob id quod alius improbe fecit, consequitur actionem.

6. Nihil interest, *inquit Florentinus*, quomodo captivus reversus sit, utrum dimissus, an vi vel fallacia hostium potestatem evaserit. D. 49. 15. 26.

Resp. Quod ab hostibus captus, nisi fidem iis dederit, quocunque modo se in libertatem vindicare potest, nec impeditur, quo minus sicut eum hostibus vi vel fallacia capere licuit, iisdem modis eorum potestate evadere possit, quod & *Ulpianus*, confirmat in l. 1. S. 3. D. de dolo, Ubi, veteres, *inquit*, dolum bonum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant, maxime si quis adversus hostem, latronemve machinetur.

7. In Capitalibus criminibus, *inquit Ulpianus*, à Principibus decretum est, non nocere ei, qui Accusatorem, vel Adversarium corripit. D. 48. 21. 1.

Resp. Quod in Criminalibus causis levioribus, qui cum adversario transigit, vel accusatorem corrumpit crimen.

crimen fateri existimatur; In Capitalibus vero criminibus propter magnitudinem periculi, à Principibus relatum est, hæc iis non nocere; Quia ut *Ulpianus* ibidem ait ignoscendum censuerunt ei qui sanguinem suum qualitercunque redemptum voluit.

De hac quæstione ita statui potest. Quod nemo directe ex suo delicto conditionem suam meliorem facere potest. Quia damnum & pœna, non lucrum aut præmium delicto debetur? Contingere tamen potest; ut aliquando ex benignitate, Delicti pœna remittatur, aliquando ut per accidens, Delictum commodum sequatur: Ex benignitate pœna remittitur, Cum Reus Capitalis criminis ob magnitudinem periculi Accusatorem corrumpit *D. de bonis eorum l. 1.* Delictum commodum sequitur. 1. Cum præter delictum id agitur ex quo publica utilitas sequitur *l. 2. S. 7. D. de origine juris & l. 36. D. ad Municipalem.* 2. Cum non minus in dante, quam in accipiente versatur turpitudine. *l. 3. D. de condit. ob turpem causam & l. 9. D. de doli exceptione.* 3. Cum id quod speciem delicti habet, respectu personarum licitum est, ut cum meretrix pecuniam recipit *l. 4. D. de condit. ob turpem causam*, cum qui vi possessionem nactus est, contra alium qui eum dijecit, interdicto unde vi utitur, *D. de vi, & vi armata, l. 1. S. 30.* & cum Captivus vi vel fallacia ex hostium potestate evadit, *l. 26. D. de captivis.*

Vid. *Glossam* Petrum Fabrum, & alios ad *l. 134. D. de Reg. juris.*

QUÆST.

Q U Æ S T. VI.

*An delicti ad delictum detur compensatio ?**Quod sic,*

1. **Q**Uoties, *inquit Ulpianus*, ex maleficio actio oritur, utputa ex causa furtiva, cæterorumque malefactorum, si de ea pecuniarie agatur, compensatio locum habet. *D. 16. 3. 10. S. 2.*

2. Si & stipulator, *inquit Justinianus*, dolo promissoris, & promissor stipulatoris, impeditus fuit quominus ad judicium veniret, Prætor neutri eorum succurrere debet; ab utraque parte dolum dolo compensando. *D. 2. 10. 3. S. 3.*

3. Si duo, *inquit Marcianus*, dolo malo invicem fecerint, de dolo non agent. *D. 4. 3. 36.*

4. Si Libertus, *inquit Ulpianus*, Patroni filium Majestatis accusavit, & Patroni filius eum calumniæ capitis desideravit, non debet repelli hoc edicto (ne scilicet in bonis Liberti succedat) Idem puto si ab eo petitus, in eum retorfit crimina; Ignoscendum est enim si voluit se ulcisci provocatus. *D. 38. 2. 14. S. 6.*

5. Viro atque uxore, *inquit Papinianus*, mores invicem accusantibus, causam repudii utrumque dedisse pronunciatum est, id ita accipi debet ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur. *D. 24. 3. 39.*

6. Cum mulier, *inquit Sævola*, viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: Cur enim mores improbet maritus, quos ipse, aut ante corripit, aut postea approbavit. Sed & si quis ex mente legis sumit, ut nec accusare possit, qui uxori lenocinium præbuit, audiendus est. *D. 24. 3. 476.*

7. Com-

7. Compensationis æquitatem, *inquit Alexander Imp.* jure postulas: Non enim prius exolvi quod te debere constitit, æquum est, quam Petitioni tuæ responsum fuerit: Eo magis quod ea te persequi dicis, quæ Divortii causa amota quereris; Cum igitur apud competentem judicem ex stipulatu convenieris apud eundem doce res tui juris ablatas esse. C. 5. 21. 1.

Quod non,

1. Siquis, *inquit Ulpianus*, reus factus est se purgare debet, nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus. Constitutionibus enim observatur, ut non relatione criminum, sed innocentia reus purgetur. D. 48. 1. 5.

Resp. Quod in publicis judiciis agitur ad vindictam publicam, unde accusatus antequam ipse sit absolutus, ad alium accusandum idoneus non habetur, nec eorum qui accusantur poenæ ad accusatores pertinent. Aliud vero est in judiciis privatis, in quibus vertitur privatum interesse, & hinc, inde peti, & remitti potest.

2. Marcellus, *inquit Ulpianus*, ait, adversus doli exceptionem, doli replicationem non dari, Labeo quoque est in eadem opinione: Ait, enim iniquum esse communem malitiam, Petitori quidem præmio esse, ei vero cum quo agitur, poenæ; Cum longe æquius sit, ex eo quod perfide gestum est, Actorem nihil consequi. D. 44. 4. 4. S. 14.

Resp. Quod adversus doli exceptionem doli replicatio non datur, quando actoris jus, exceptione sui doli eliditur, & is de dolo rei respectu alterius, replicare velit, prout in l. 7. S. 3. D. de vi, & clam, ubi *Ulpianus*, Siquis, *inquit*, conventus sit, quod vi, aut clam alterius domum demolitus sit, is excipere potest, quod alter vi aut clam in suo ædificavit, alter vero replicare non potest; quod conventus

448 *Quaestionum Juris Civilis*

ventus vi, aut clam possideret respectu alterius tertii, quia ejus nihil interest.

3. Cum par delictum, *inquit Ulpianus*, est duorum semper oneratur petitor, & melior habetur Possessoris causa, sicut fit cum de dolo petitoris excipitur, neque talis replicatio datur petitori, si Rei quoque dolo aliquid actum sit. *D. 50. 17, 154.*

Resp. Quod hæc Regula juris, sicut & Lex superior locum obtinet in actionibus realibus, veluti Rei vindicatione. *C. eod. l. ult.* Nam si res neque sit possessoris, neque sit petitoris, sed alicujus tertii, semper potior est possessor, qui licet eam retinendi nullum jus habeat, non cogitur alteri restituere, nisi sui juris esse probet, secus est in Actionibus personalibus, iis præcipue quæ ex delictis oriuntur.

4. Qui dicit lenocinio mariti, *inquit Ulpianus*, se adulterium fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est hujusmodi compensatio admessa, & ideo si reus adulterii, velit maritum lenocinii reum facere, semel delatus non audietur. *D. 48. 2. 5.*

Resp. Quod Maritus cujus lenocinio, aliquis cum uxore ejus adulterium commisit; non deliquit contra eum, sed est delicti ejusdem particeps, uterque deliquit contra Rempublicam & re integra se invicem accusare possunt, sed antequam ipsi inter reos referantur, inter eos vero compensatio non admittitur quia causæ non ipsorum, sed reipublicæ, inter sunt.

5. Si publico judicio, *inquit Ulpianus*, maritus uxorem ream faciat; An lenocinii allegatio maritum ab accusatione repellat? Et puto non repellere; Lenocinium igitur maritum onerat, mulierem non excusat. *D. 48. 5, 2.*

Resp. Quod Maritus qui in publico judicio uxorem accusat, agit ex lege *Julia*, cujus poena est mors, vel exilium, de quibus compensatio non admittitur, cum utrumque Reipub. debeat, sed si maritus agat civiliter ad repudiandam uxorem propter adulterium,

rium, uxor eundem propter lenocinium repellere potest, *l. 47. D. soluto matrimonio.*

6. Judex Adulterii, inquit *Ulpianus*, ante oculos habere debet, & inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi; author fuerit; Periniquum enim videtur esse ut pudicitiam ab uxore exigat; quam ipse non exhibebat; Quæ res potest virum condemnare, non rem ob compensationem mutui criminis, inter utrosque communicare, *D. 58. §. 13. S. 12. contra l. 32. D. soluto matri.*

Resp. Quod alia est adulterii, alia morum accusatio. Adulterii accusatione agitur ad vindictam publicam, & ea est quæ in *l. 13. S. 5. D. ad l. Juliam* intelligitur, morum accusatio instituebatur, ut innotesceret cujus culpa divortium factum, vel faciendum erat, ad impediendum dotis repetitionem, de qua intelligenda, *l. 39. D. soluto matrimonio.* In priore in qua vertebatur publicum interesse, compensatio non admittebatur; in posteriore, quo vertebatur privatum tantum interesse, admitteri potuit.

Dynus de hac quæstione sic distinguit. Quod de delicto agitur aut civiliter, aut criminaliter: 1. Si agatur civiliter, aut uterque est in pari dolo vel culpa, & tunc hinc inde admittitur compensatio, *l. viro D. soluto matrimonio, l. ult. S. 3. D. de eo per quem factum est, & l. 36. D. de dolo*, aut unus est in dolo, alius in culpa, & tunc si circa idem delictum, non fit compensatio quia dolus culpæ præponderat, *l. 4. S. finali D. ad leg. Aquiliam*, si circa diversa, cum uterque ad quantitatem tenetur, fit compensatio, *l. si ambo D. de compensat.* Idem si unus sit in lata culpa alius in levi. 2. Si agatur criminaliter, aut est idem delictum accusatoris, & accusati, & repellitur accusator, quia dolus dolo nihil prodest, *l. filium C. de liberati causa*, aut est diversum delictum, & tunc aut opponitur in modum

dum accusationis, aut in modum exceptionis: Si per modum accusationis, aut opponitur de majori aut de pari, aut de minore crimine. Si de majori auditur reaccusans, antequam nomen ejus relatum est inter reos, *l. 1. C. Qui accusare possunt, l. 1. D. de publicis judiciis*. Si de pari vel minore non auditur nisi suam, aut suorum injuriam prosequatur, *l. 9. C. eod.* Si per modum exceptionis, tunc etiam auditur antequam nomen ejus inter reos sit receptum, postea non auditur, *l. 2. S. Qui hoc dicit, D. ad l. Juliam de Adulteriis*.

Vid. Glossam & DD. præcipue Lud. Gotofredum ad l. Cum par delictum D. de Regulis Juris. Dynum & alios ad Reg. 66. D. de Reg. Juris in 6. Panormitanum ad cap. Intelleximus nu. 5. Extr. de adulteriis, Socinum Fallentianum 86.

QUÆST. VII.

An ad evitandum damnum alteri damnum inferre liceat?

Quod non.

1. **N**ON debet, inquit *Papinianus*, alteri per alterum iniqua conditio inferri. *D. 50. 17. in 74.*

2. Domum suam reficere, inquit *Ulpianus*, unicuique licet, dum non alteri invito officiat, in quo jus non habet. *D. 50. 17. 61.*

3. *Labeo* scribit, inquit *Ulpianus*, si orto incendio defendendi mei causa vicini ædificum dissipaverim, & mei, & familiæ meæ nomine judicium in me dandum. *D. 47. 93. S. 7.*

4. Est exceptio, inquit *idem*, de qua *Crispus* dubitat an sit obijcienda? utpote si incendii arcendi causa, vicini ædes intercidi, & quod vi, aut clam aut damni injuriæ mecum agatur. *Gallus* enim dubitat, an excipi oporteat, quod incendii defendendi causa factum sit? *Servius* autem ait, si id Magistratus fecisset, exceptionem dandam esse, privato non *idem* concedendum. *D. 43. 24. 7. §. 1.*

5. *Neratius*, inquit *Ulpianus*, scribit. Opus quod quis fecit; ut aquam excluderet, quæ inundante palude in agrum ejus refluere solet; si ea Palus amplietur, eaque aqua repulsa vicini agris noceat, Aquæ pluviz actione cogetur tollere. *D. 39. 3. 1. S. 2.*

Quod sic,

1. *Marcellus*, inquit *Ulpianus*, scribit, cum eo qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem esse, & sane habere non debet, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. *D. 39. 3. 1. S. 12.*

Resp. Quod multum interest, damnum quis patiatur, an lucro quod adhuc faciebat, uti prohibeatur, actione aquæ pluviz agi damni nomine non potest cum eo qui id facit quod facere jus habet, *l. 151. D. de Reg. Juris*, nec de dolo agi potest, quia non animo vicino nocendi id facit, *l. 55. D. eod.*

2. Metu oneris paterni timidus, inquit *Ulpianus*, quis (omissa patris hæreditate) impuberis hæreditatem adibit: Non enim videtur edictum fraudare, qui sibi prospexit, ne oneribus patris, hæreditas Pupilli implicetur. *D. 29. 2. 42.*

Resp. Quod edictum si quis omissa causa testamenti, in eos actionem pollicetur, qui ab intestato defuncti hæreditatem possident, ut eos circumveniant, quibus quid in testamento relictum est, *l. 1. D. eod.* Utique vero justa causa interveniente, actionem non dabit, *l. 5. S. 3. D. eod.* Et hoc in casu hæres, & Patris & impuberis paternam hæreditatem

452 *Questionum Juris Civilis*

reditatem, quæ legatis, & debitis erat onusta, justam causam habuit omittendi, & impuberis tantum hæreditatem adeundi, absque Legatariorum vel Creditorum injuria, qui paternæ hæreditatis alium hæredem invenire potuerunt.

3. *Labeo* scribit, *inquit Ulpianus*, Si cum vi ventorum navis impulsâ esset, in funes anchorarum alterius, & nautæ funes præcidissent, si nullo alio modo nisi præcisis funibus explicare se potuerint, nullam actionem in eos dandam. *D. 9. 2. 29 S. 3.*

Resp. Quod in hoc casu damnum datum est ex necessitate, non ex culpa nautarum, & ideo in eos nullâ actio erat danda, quia nemo ex damno fatali obligatur.

4. Cum in eadem navi, *inquit Paulus*, varia mercium genera, complures mercatores coegissent, gravi tempestate orta, necessario jactura facta erat, in qua ad servandum aliquorum bona, aliorum bona sunt deperdita. *D. 14. 2. 2. S. 2.*

Resp. Quod idem *Paulus* in *l. 1. D. eodem*, ait, Quod lege *Rhodia* cavetur, si navis levandæ causâ, jactus mercium fiat, ut omnium contributione sarciantur, quod pro omnibus jactum est, & in eadem lege traditur: Quod placuit, omnes quorum interfuit jacturam fieri conferre oportere, quia id tributum ob res servatas deberent, ita ut qui bonorum jacturam passi sunt, non majus, quam alii damnum sentiant.

5. Si in Navigatione, *inquit Paulus*, cibaria defecerint, quod quisque habet in commune defertur ex quo ne alii fame pereant, aliorum Cibaria consumere est permissum. *D. 14. 2. 2. S. 2.*

Resp. Quod aliquando necessitas facit licitum, quod alias de jure non erat licitum (ut patribus propter nimiam egestatem liberos distrahere) sed & qui aliorum Cibaria consumpserunt, si salvi evaserint, ad restitutionem, vel satisfactionem obligantur.

6. Quod

6. Quod ait Prætor (scil. in edicto de incendio) *inquit Ulpianus*, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit; Nam si dolus malus abfuit, cessat edictum; Quo modo ergo procedit, quod *Labeo* scribit. Si orto incendio defendendi mei causa vicini ædificium dissipaverim, & mei, & familiæ meæ nomine, iudicium in me dandum: Cum enim defendendarum mearum ædium causa fecero, utique dolo careo. Puto igitur non verum esse quod *Labeo* scribit. An tamen cum hoc ex lege *Aquilie* agi possit? Et puto non agendum. Nec enim injuriam facit, qui cum alias non possit, se tueri velit. *Celsus*, *inquit idem Ulpianus*, scribit circa eum qui incendii arcendi gratia, vicinas ædes intercidit, cessare legis *Aquilie* actionem; iusto enim metu ductus ne ad se ignis perveniret, vicinas ædes intercidit, & sive ignis pervenerit, sive ante extinctus est, existimat cessare legis *Aquilie* actionem. D. 47. 9. 3. S. 7. D. 9. 2. 42. S. 1.

Resp. Quod de hoc casu, videntur varix opiniones Jurisconsultorum Romanorum. *Labeo* dicit in Dominum, & familiam actionem dandam, si ad evitandum incendium ædes alienas dissipaverint. *Servius* censet, Magistratui, si idem fecerit, exceptionem competere, privato non competere, si tamen ignis eo pervenerit, esse absolvendum, quoniam nullum damnum fieri videtur ædibus æque perituris. *Celsus* vero, cui *Ulpianus* suffragatur, putat eum non teneri, quia damnum non injuria, sed iusto metu intulerit, & actionem cessare, sive ignis pervenerit, sive ante extinctus sit. De quibus tamen opinionibus considerandum. Quod qui ædes alienas diruit, conveniri potest, vel actione legis *Aquilie*, vel edicto de incendio, vel interdicto quod vi, aut clam, vel actionem simplici in factum. Actione legis *Aquilie* agitur ad æstimationem, quanti ædes superiori anno fuerint; Ex edicto de

454 *Quaestionum Juris Civilis*

de incendio in quadruplum; Et in his judiciis quæ sunt poenalia non fit condemnatio, nisi in priori culpa, in posteriori dolus intervenerit, Ex interdicto quod vi aut clam, agitur ad restitutionem ejus, quod quis demolitus est, Actione simplici in factum ad id quod interfuit ædes demolitas non fuisse. In priore judicio scil. ex interdicto quod vi, aut clam, *Opinio Servii*, privatum scil. teneri, sustineri potest. In posteriori scil. Actionis in factum. *Opinio Labronis* de judicio in Dominum, & familiam dando; Ita ut si quis ad sui solius utilitatem demolitus sit, id ipse solus, si ad utilitatem communem, id ipse cum aliis secundum æquitatem legis *Rhodiæ* refarcire teneatur.

Atque quod in hac responsione continetur pro determinatione hujus quaestionis esse potest.

Vid. Glossam, Decium, & alios ad l. 74. D. de Reg. Juris. Bartolum, & Gotofredum, & DD. ad l. 2. S. 7. D. de Incendio.

QUÆST.

QUÆST. VIII.

An vim vi repellere liceat ?

Quod sic,

1. **A** Jure naturali, *inquit Florentinus*, descendit, ut vim atque injuriam propulsemus; Nam jure hoc evenit, ut quod quisque obtelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, Cum inter nos natura cognationem quandam instituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse. *D. 1. 1. 3.*

2. Si servum tuum latronem, *inquit Gaius*, mihi insidiantem occidero, securus ero: Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. *D. 9. 4. 1. 5. similiter.*

3. Qui cum aliter se tueri non possunt, *inquit Paulus*, damnum dederint, innoxii sunt; Vim enim defendere omnes leges omniaque jura permittunt. *D. 9. 2. 45. S. 4.*

4. Cum arietes vel boves, *inquit Ulpianus*, commisitissent, & alter alterum occidisset, *Quintus Mutius* distinxit, ut, si quidem is periisset, qui aggressus esset, cessaret actio, si is qui provocaverat, actio competere. *D. 9. 1. 1. S. 11.*

5. Quæri poterit, *inquit Ulpianus*, an vim passus qui vim fecerat, Prætor ea quæ alienavit per edictum quod metus causa restitui velit? & *Pomponius* tribuit, Prætorem non oportere opem ferre; Nam licet vim vi repellere, & quod fecit passus est. *D. 4. 12. S. 1.*

6. Is, *inquit Gordianus Imp.* qui aggressorem, vel quemcunque alium, in dubio vitæ discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet. *C. 9. 16. 2.*

456 *Questionum Juris Civilis*

7. Siquis, *inquit idem*, percussorem ad se venientem occiderit, non ut homicida tenetur, Quia defensor salutis propriæ in nullo peccasse videtur. C. 9. 16. 3.

8. Si (ut allegas,) *inquit Gallienus Imp.* latrocinantem peremisti dubium non est eum qui inferendæ cædis voluntate processit jure cæsum videri. C. 9. 16. 4.

9. Recte possidenti, *inquiunt Dioclet. & Maxim. Impp.* ad defendendam possessionem quam sine vitio tenet, Inculpat tutelæ moderatione vim propulsa licet. C. 8. 4. 1.

Quod non,

1. Quia non licet in genere.

1. Non est singulis concedendum, *inquit Paulus*, quod per Magistratum publice fieri potest, Ne occasio sit majoris tumultus faciendi. Et congruit, *inquit Ulpianus*, bono & gravi Præsidi sollicitè agere, ut Provincia malis hominibus careat, eosque inquirat; Nam latrones & fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit in eum animadvertere. D. 50. 17. 176. D. 1. 18. 13.

Resp. Quod ubi datur copia Magistratus, privatus non debet in ejus officium se intromittere, sed ubi à Magistratu auxilium habere non potest, privatus potest contra vim se, & res suas defendere.

2. Idcirco, *inquiunt Honorius, & Theodosius*, jurisdictionum vigor, jurisque publici tutela, in medio constituta sunt, ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem. C. 1. 9. 14

Resp. Quod non est permissum injuriam sibi illam tam ex intervallo ulcisci, sed permissum injuriæ inferendæ resistere, & incontinenti vindicare.

2. *Quia non licet ob defensionem bonorum vim inferre.*

1. Siquis, *inquiunt Valentinian. & Theodosius Impp.*

Impp. in tantam furoris audaciam pervenerit, ut possessionem rerum apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii invaserit, Dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, possessori restituat, & rei ejusmodi dominium amittat. *C. 8. 4. 7.*

Resp. Quod hoc constitutum est in eos, qui posthabita auctoritate judicis, res suas ab aliis, qui quiete possident, vi auferunt, non ad eos pertinet, qui ne res suæ quarum possessionem habent ab aliis vi auferantur, vi impedire conantur.

2. Recuperandæ possessionis causa, *inquit Justinianus*, solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit: Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is quid deiecit cogitur ei possessionem restituere, licet ab eo qui vi deiecit, vi possideret. *l. 4. 15. S. 6. l. 3. S. 7. D. de vi, & in armata similiter. D. 43. 16. 3. 7.*

Resp. Quod is qui vi dejectus est potest interdicto unde vi possessionem recuperare, & si per vim recuperaverit, is qui ab eo vi dejectus est, contra eundem eodem interdicto uti potest, sed hoc verum est, quando quis post aliquod intervallum vim intulerit, eum vero qui cum armis venit, ut vi dejiciat, armis repellere possumus, uti tradit Ulpianus, *in l. 3. S. 9. D. de vi, & vi armat.*

3. *Tabernarius, inquit Alfenus*, in semita noctu lucernam posuit, quidam præteriens eam sustulit, *Tabernarius* fugientem retinebat; Ille flagello *Tabernarium* verberare cepit, ut se dimitteret, unde *Tabernarius* ei oculum effodit, Responsum est, si non prior ab eo vapulasset, sed cum ille lucernam eripere velit rixatus est, *Tabernarii* culpa factum videri, unde inferri potest, quod qui furi ob res ablatas solum, vim intulisset, de damno dato lege *Aquiliana* teneri potuit. *D. 9. 2. 52. S. 1.*

Resp. Quod in eo casu *Tabernarius* excusandus videbatur, si furi oculum effodit, qui eum prius verberare

458 *Questionum Juris Civilis*

verberare cepit, culpa vero argui potuit, si ei qui lucernam abstulit nulla vi sibi illata, oculum effodisset, quia inculpatæ tutelæ moderamen excessisset.

3. *Quia ob defensionem corporis alteri mortem inferre non licet.*

1. Qui latronem insidiantem, *inquit Justinianus*, occiderit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potuit. Et furem nocturnum, *inquit Ulpianus*, si quis occiderit, ita demum impune feret, si ei parcere sine suo periculo non potuit, unde inferri potest: Quod homicidii reus est, qui occidit cum aliter periculum effugere, aut furi parcere potuit. I. 4. 3. S. 2. D. 48. 8. 9.

Resp. Quod qui latronem occidit, cum periculum aliter effugere potuit, inculpatæ tutelæ moderamen excedit, prout & is qui furem nocturnum capere, & in custodiam tradere potuit, sed si quis ipse aliter periculum evadere, aut alium sine periculo cohibere non potuit, impune occidere licuit.

2. Lex duodecim tabularum, *inquit Gaius*, furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur, interdiu autem deprehensum si is telo se defendat, ut tamen æque cum clamore testificetur, Ergo qui sine clamore occidunt, utroque casu homicidii rei sunt habendi. D. 9. 2. 4. 1.

Resp. Quod lex 12 tabularum, ab eo qui furem de nocte vel de die occidit, clamorem vel vociferationem requirit, ut de necessitate occidendi innotescat, cum quæ palam fiunt, minus quam quæ clam fiunt, suspicionis habent, non quod clamor, & vociferatio sit necessaria, si aliæ probationes de justa occasione occidendi proferri possint.

Circa hanc questionem expendendum. 1. Quæ sit justa occasio vim inferendi. 2. Quis modus adhibendus sit in vim vi repellendo. 1. Justa occasio vim inferendi, vel vim vi repellendi est. Periculum ne corpori alicujus, aut bonis damnum inferatur,

ratur, idque vel per latrones, vel per fures. Latrones sunt qui armati aggrediuntur, quos pro sui, & rerum suarum defensione etiam interficere licet, *l. 4. D. ad l. Aquiliam, & l. 4. C. de Sicariis*. Fures sunt, qui clanculum, & sine viribus res subripiunt, qui si de nocte id tentaverint, Lex 12 tabularum eos interficere permittit, si de die non nisi telo se defendant, *l. 4. D. ad leg. Aquiliam*. 2. In modo vim vi repellendi requiritur. 1. Ut qui vim vi repellit, Magistratus copiam habere non possit, nec res moram patiat. 2. Ut defensio cum moderamine inculpatae tutelae adhibeatur, *l. 1. C. unde vi*, id est ut ita vis inferatur, si absque suo periculo, & sine alterius laesione aliter fieri non potest. 3. Ut necessitas interficiendi cum clamore vel vociferatione testificetur.

Vid. Salnonium late in Repetit. ad l. ut vim D. de Just. & jure. Fachinæum lib. 1. quest. 31. Bronchurst. Miscell. Cent. 2. Assert. 15. Langium Decad. 1. Theor. 5.

Q U Æ S T. IX.

An cum à pluribus simul idem delictum committitur, singuli in solidum teneantur?

Quod sic,

1. **S**I plures servi, *inquit Gaius*, simul aliquem occiderint, singulorum proprium est maleficium: imo tot sunt injuriæ, quot sunt personæ injuriam facientium. *D. 47. 10. 34.*

2. Si servus, *inquit Ulpianus*, non sit unius, sed plurium, & omnes mentiti sunt eum in sua potestate non esse, vel dolo fecerunt quo minus sit in potestate, unusquisque eorum in solidum tenebitur. *D. 1. 17.*

3. Si familia alicujus, *inquit Paulus*, Albus corruerit, non similiter hic edicatur, ut in furtum ne in reliquos actio detur, si tantum Dominus cum defendere voluerit unius nomine præstiterit, quantum Liber præstaret, quia hic, & contempta Majestatis Prætoris vindicatur, & plura facta intelliguntur.

2. 1. 9.

4. Veteres, *inquit Julianus*, cum à pluribus servus ita vulneratus esset, ut non appareret cujus periisset, omnes lege Aquilia teneri judicaverunt.

9. 2. § 1. S. 1.

5. Cum plures, *inquit idem*, trabem alienam furti causa sustulerunt, quam singuli ferre non possent furti actione, omnes teneri existimantur. *D. 9. 2. in fine.*

6. Si duo pluresve, *inquit Ulpianus*, lignum furti sint, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est eos omnes furti in solidum teneri, quamvis

com

contrectare, nec tollere quisquam solus posset, & ita
utimur. Neque enim potest dici pro parte singulos
furtum fecisse, sed totius rei universos, sic fiet singulos
teneri. D. 47. 2. 21. S. 9.

7. Si plures, *inquit Pomponius*, eandem arborem
furtim ceciderint, cum singulis in solidum agitur. D.
47. 7. 6.

8. Opus, *inquit Ulpianus*, quod à pluribus, pro in-
diviso factum est, singulos in solidum obligat. D. 43.
23. 15. S. 2.

9. Quod in partes dividi non potest, *inquit Paulus*,
id ab omnibus factum videtur. D. 45. 1. 4.

Quod non,

1. Datur, *inquit Ulpianus*, Edicto, si familia fur-
tum fecerit, arbitrium Domino, ut si quidem velit,
possit omnes servos dedere, qui furtum participave-
rant, vel si maluerit, æstimationem offerre, quantum
si unus liber furtum fecisset. D. 47. 6. 1.

Resp. Quod uti in eadem lege præmittitur, hoc
ex favore conceditur, Ne cum plures servi furtum
committant, evertant Domini patrimonium, si omnes
dedere, aut pro singulis litis æstimationem offerre co-
geretur.

2. Illud quæsitum est, *inquit Gaius*, ut quod Pro-
consul in furto, quod à familia factum est observat,
id est, ut non in singulos detur pænæ persecutio, sed
sufficiat id præstari, quod præstandum foret si unus li-
ber id furtum fecisset, & in actione damni injuriæ de-
beat observari? Sed magis visum est observandum esse.
D. 9. 2. 32.

Resp. Quod Prætor Edicto suo id beneficium
tantum in furto Domino concessit, sed Jurecon-
sulti ex mente Prætoris, & ratione Edicti, idem
ad damnum à servis datum produxerunt, secus est
si familia alicujus, vel servi *Album* Prætoris cor-
ruperint,

462 *Questionum Juris Civilis*

ruperint, quia ibi plura facta intelliguntur. *D. de Jurisdic. l. 9.*

3. Si plures, *inquit Ulpianus*, in eodem cænaculo habitent; unde dejectum est, in quemvis actio dabitur, & quidem in solidum, sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur. *D. 9. 3. 1. & 3.*

Resp. Quod eo in casu non plures sed unus, isque incognitus, prout in lege. 2. Notatur effuisse proponebatur, & proinde pœnam ad plures extendere, æquum non erat.

4. *Æquissimum, inquit Ulpianus*, Prætor putavit dolum ejus coercere qui impedit aliquem judicio sisti; Et si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed si unus pœnam præstiterit, cæteri liberabuntur. *D. 2. 10. 1. 3. & 4.*

Resp. Quod *Ulpianus* ait, cæteri liberabuntur, cum nihil intersit. Nam cum solutum est id, ad quod qui se sistere promissit obligatus erat, ab eo qui impeditur, quo minus sisteret, nihil ulterius stipulatoris interest.

5. Si multi Publicani sunt, *inquit Ulpianus*, qui aliquid illicite exegerunt, non multiplicabitur Dupli actio, sed omnes partes præstabunt, & quod ab altero præstari non potest, ab altero exigetur sicut *Divus Severus*, & *Antoninus* rescripserunt. *D. 32. 4. 6.*

Resp. Quod in eadem lege additur; Nam inter criminis reos, & fraudis participes multum interesse statuerunt, id est uti interpretatur *Accursius*, inter eos qui soli, & eos qui cum sociis delinquant, vel hoc verum est, si ex Edicto contra Publicanos agatur, ex quo duplum semel tantum est præstandum, secus est, si quis velit contra eos ex generali interdicto, vi bonorum raptorum, vel furti actione agere: Nam absurdum est, *inquit Ulpianus*, Publicanorum meliorem causam esse, quam aliorum. *D. eodem l. 1. S. 4.*

6. Hoc jure utimur, inquit *Ulpianus*, ut furtum sine contrectatione non fiat, & fures à ferendo, vel auferendo dicuntur, sed cum plures trabem asportant, singuli totam trabem contrectare, aut auferre non potuerunt, quod etiam *Julianus* agnoscit, cum dicat, Quod dici possit neminem teneri, quia verum sit neminem ex singulis eam sustulisse, *D. 47. 2. 1. § 2. S. 1. l. 51. in fine D. ad leg. Aquil.*

Resp. Quod furtum committitur, cum res sine consensu Domini contrectatur, & auferitur, quod fit cum trabs à pluribus subripitur, etiamsi uti, *Julianus* ait, subtili ratione à nemine singulorum ablata, & surrepta sit. Et quod singuli in solidum teneantur, ex eo sequitur; Quia quot sunt personæ delinquentium, tot delicta numerantur, & id quod à pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligat.

7. Siquis, inquit *Ulpianus*, quid majoris ponderis aperuit, aut refregit, quod tollere non possit, non est omnium rerum cum eo furti actio, sed earum tantum, quas tulit, quia totum tollere non potuit. *D. 47. 2. 21. S. 8.*

Resp. Quod in ea lege quid majoris ponderis intelligitur, non aliquid integrum, ut trabs, sed aggregatam, ut cista, & quæ in eo continentur: Et si quis cum hujusmodi cistam totam tollere non potuit, eam refregit, & aperuit, eam totam furandi propositum habuisse non videtur, & cum res in cista contentæ, diversæ, & discretæ essent, earum tantum quas sustulit, furti nomine tenetur, quia res aliæ furto surreptæ non sunt.

Bartholus de hac quæstione sic distinguit. Quod aut quæritur de ipsis delinquentibus, aut de aliis propter eos puniendis. 1. Si quærat de ipsis delinquentibus considerandum, an ut habentes officium publicum. Si plures ut privati delinquant, aut æqualiter delinquant, & æqualiter puniuntur; *l. Ita vulneratus in fine D. ad l. Aquil. Et t. Si plures,*

464 *Questionum Juris Civilis*

D. Arborum furtim cesarum. Aut inæqualiter delinquant, & tunc quilibet punitur secundum qualitatem sui delicti. *l. Item Mela. S. sed etsi servum plures, D. ad l. Aquil.* Si plures delinquant, ut habentes publicum officium tunc omnes pro uno habentur, & ut una persona puniuntur, *l. Si multi D. de Publicanis.* 2. Si agatur de puniendis aliis pro pluribus delinquentibus, ut Dominis pro servis, tunc plures committentes unum delictum, pro uno reputantur, *l. i. D. Si familia furtum fecerit;* fallit tamen in casu Albi corrupti propter contemptam Prætoris Majestatem, *l. Si familia D. de Jurisdictione.*

Vid. Bartolum ad l. Et eleganter nu. 2. D. de dolo, & ad l. Si in rixa D. ad l. Cornel. de Sicariis. Hotomannum Illustratum, quest. 32. Pacium, cent. i. quest. 56.

Q U Æ S T. X.

An ex delicto defuncti hæres teneatur?

Quod non,

1. **I**N hæredem, inquit *Caius*, non solent actiones transire, quæ pœnales sunt. *D. 50. 17. III.*

2. Civilis constitutio est, inquit *Ulpianus*, Pœnalibus actionibus hæres non teneri, nec cæteros quoque successores. *D. 47. i. i.*

3. Non omnes actiones, inquit *Justinianus*, quæ in aliquem, aut ipso jure competunt, aut à Prætore dantur, & in hæredem æque competunt:
Etenim

Etenim certissima Juris Regula est, Ex Maleficiis
pœnales actiones in hæredem non competere. I. 4.
12. S. 4.

4. Si pœna alicui irogetur, inquit Paulus, re-
ceptum est commentitio jure, ne ad hæredes tran-
seat, cujus rei illa ratio videtur; Quod pœna con-
stituitur in emendationem hominum, quæ, mor-
tuo eo, in quem constituitur, definit. D. 48. 19.
20.

5. Crimen inquit Calistratus, vel pœna paterna,
nullam maculam hlio infligere potest. Nam unusquis-
que ex suo admisso, sorti subjicitur, nec alieni criminis
successor constituitur, D. 48. 19. 26. adde l. 22. C.
de pœnis. . C. g. 47. 22

Quod sic,

1. In hæredem, inquit Gaius, Proconsul eatenus
se actionem daturum pollicetur, quatenus ad eum
pervenit, id est quatenus ex ea re locupletior de-
venerit. Et toties in hæredem, inquit Ulpianus,
actionem damus, de eo quod ad eum pervenit, quo-
ties ex dolo defuncti convenitur. D. 4. 3. 26. D. 50.
17. 44.

Resp. Quod aliud est teneri ad pœnam delicti,
aliud teneri ad restitutionem ejus, quod ex delicto
defunctus acquisivit. Nam sicut pœna, inquit Pom-
ponius, ex delicto defuncti hæres teneri non debet,
ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum per-
venit, l. 38. D. de Reg. Juris. Et Ulpianus, licet pœ-
na inquit, ad hæredem non transeat, attamen quod
turpiter, vel scelere quæsitum est, ad compendium
hæredis pertinere non debet, l. 16. in fine D. quod
metus causa.

2. In Conditione ex causa furtiva, inquit Ulpia-
nus, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum tene-
mur, dum soli hæredes sumus. D. 13. 1. 9.

Resp. Quod actio furti poenalis in duplum scilicet, vel quadruplum in hæredem non datur, quia actio est famosa, nec alius ex delicto alterius infamia est afficiendus. Condictio vero furtiva, quæ est actio personalis, ad recuperandum rem ipsam, vel ejus æstimationem, odio furti datur in hæredem in solidum, etiam si nihil ad eum pervenit,

3. Datur actio in hæredem. *inquit Ulpianus*, ex dolo defuncti in solidum, Quamquam enim ex Dolo defuncti, teneri non solemus, nisi pro parte quæ ad nos pervenit, hic tamen Dolus ex contractu, reique persecutione descendit, ideoque unus hæres in solidum tenetur, plures vero pro ea parte qua quisque hæres est. *D. 16. 3. 7. 1.*

Resp. Quod hæres prout ex lege apparet non tenetur ex mero delicto, sed propter rem depositam, ex contractu defuncti, in quo Dolus intervenit, actione rei persecutoria: Quia rei persecutione ex Dolo in contractu commissio, ipsa hæreditas afficitur, *l. 157. D. de Reg. Juris.*

4. Quod ait Prætor, *inquit Ulpianus*, Ut qui novum jus contra alium obtinuit, eodem jure utatur; an etiam ad hæredem hæc poena transmittatur. Et scribit ipse, non solum ipsi, sed etiam hæredi ejus actionem denegari. *D. 2. 2. 3.*

Resp. Quod quando actio ex persona defuncti descendens propter ejus delictum amissa est, hæredi quoque est deneganda: quia quod defunctus amittit, ad eum transmittere non potuit, secus est in actione, quæ à persona hæredis incipit, quæ ob delictum defuncti, nullo modo est ipsi deneganda.

5. Post litem contestationem, *inquiunt Dioctet. & Maxim.* eo qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto, successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri, juris est absolutissimi, ne alieno scelere direntur. *C. 4. 17. 1.*

Resp.

Resp. Quod litis contestatione, inter reum, & actorem, quasi contractus initur, de eo solvendo, quod in iudicium deducitur, qui contractus, etiam ad successores in bonis defuncti extenditur, & proinde prout ipse, in solidum sunt condemnandi.

6. Fraudati vectigalis crimen, inquit *Papinianus*, ad hæredem ejus qui crimen contraxit, commissi ratione transmittitur. *D. 39. 4. 8.*

Resp. Quod hujus juris rationem *Ulpianus* reddit, in *l. 1. D. eod.* Nam quod commissum est, inquit, vel incidit in commissum, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit, dominiumque rei reipubl. acquiritur, & commissi persecutio, sicut adversus hæredem, ita & adversus quemlibet possessorem competit.

7. Publica judicia, inquit *Idem*, peculatus, residui, & reperundarum, adversus hæredes exercentur. *D. 48. 13. 14.*

Resp. Ex eadem lege, quod non immerito ita constitutum est, Cum in his judiciis, quæstio principalis ablatæ pecuniæ moveatur, id est, agatur ad pecuniam reipub. ablatam, ex bonis sive hæreditate ejus qui abstulit recuperandam.

De hac quæstione *Jacobus Gotofredus* ita statuit. Quod hæres ex delicto defuncti regulariter non tenetur. Neque in privatis delictis, *l. 1. D. de privatis delictis*; neque in publicis, *l. 20. D. de pœnis*. Excipiuntur tamen quidam casus, cum in privatis delictis, tum in criminibus publicis; in privatis delictis. 1. Si quid ex delicto defuncti ad hæredem pervenit, unde in tantum tenetur, in quantum ad eum pervenit, *l. 16. S. ult. D. quod metus causa*. 2. Si delictum defuncti contractui accesserit, in quo dolus vel mala fides intervenit, quo casu hæres tenetur in solidum, *l. 137. D. de Reg. Juris*. 3. Si tempore vitæ ejus qui deliquit, litis contestatione res in iudicium deducta fuerit, *l. 164. D. eod. & l. unica, C. Ex delictis defunctorum*. In criminibus publicis excipiuntur.

468 *Questionum Juris Civilis*

cipiuntur. 1. Crimen fraudati vectigalis, l. 8. D. de Publicanis. 2. Crimen peculatus, de residuo, & reperundarum, l. ult. D. de lege Julia Peculatus.

Vid. Glossam, & Jacobum Gotofredum ad l. 38. D. de Reg. Juris, Fachinæum, lib. 1. cap. 5. Hunnium, lib. 4. part. 6. quæst. 2. Bronchurst. cent. 4. assert. 66. Pacium, cent. 1. quæst. 61.

QUÆST.

QUÆSTIONUM
JURIS CIVILIS
CLASSIS DECIMA.

QUÆST. I.

An quis sibi vel suis dicere possit ?

Quod non,

I. **Q**UOD privatus non potest.

1. Si de re sua, inquit Martia-
nus, Arbitrarius quis factus sit, senten-
tiam dicere non potest, quia aut se
facere juberet, aut petere prohibe-
ret; Neque autem sibi imperare, neque se prohibe-
re quisquam potest. D. 4. 8, 59.

2. Hoc interdictum, inquit Ulpianus, Quod Le-
gatorum appellatur, hanc causam continet, ut quod
quis Legatorum nomine, non ex voluntate hæredis
occupaverit, id hæredi restituat. Etenim æquissimum
Prætori visum est, unumquemque Legatis occupatis,
non sibi jus dicere, sed ab hærede petere. D. 43.

3. I. S. I.

2. *Quod non Judex, aut Magistratus.*

1. Julianus ait, inquit Ulpianus, si alter ex litiga-
toribus judicem solum, vel ex parte hæredem fecerit,
alius

470 *Questionum Juris Civilis*

alius *judex* necessario sumendus est. Quia iniquum est aliquem rei suæ *judicem* fieri. *D. 5.*

2. Qui *jurisdictioni* præest, *inquit Ulpianus*, nec sibi *ius dicere* debet, neque uxori, neque liberis vel cæteris quos secum habet. *D. 2. 1. 10.*

3. Magistratus, *inquit Paulus*, quo anno cum imperio sunt, neque propriam, neque eorum quorum tutelam gerunt, causam in agendo sustinendo; pars *literarum Divi Hadriani*. *D. 5. 1. 48.*

4. Generali lege decernimus, *inquiunt Valens, & Gratianus*, neminem sibi esse *judicem*, vel sibi *ius dicere*, In re enim propria admodum iniquum est, alicui *sententiæ* *licentiam* tribuere?

Quod sic,

1. *Quod privatus potest.*

1. Imperator Servus, *inquit Ulpianus*, ei per cuius domum aquæductus citra *servitutem* trajectus erat; *rescripsit* *jure suo*, posse eum *interdicere*. *D. 9. 2. 29. S. 1.*

Resp. Quod in hac lege *Ulpianus* *discrimen* ostendit inter eum, qui *profectum*, quod supra domum ejus nullo *jure* habebat, *recidit*; & eum qui alterius aquæductum, quem per suam domum nullo *jure* habuit, *recidit*; Quorum priorem, lege *Aquiliana* teneri, *Proculus* scripsit, posteriorem nulla lege teneri *Servius* *rescripsit*, Quorum utramque *sententiam Ulpianus* probat, cum ille in domo sua *protexit*, hic in aliena fecit, Is enim cui *profectum* in aliena domo officiebat, ad id removendum in *judicio* agere debuit, quod vero in sua domo nullo *jure* habebat, id quis *privata* *authoritate* tollere potuit, & alteri si minus *juste* fecisse videtur, in *judicio* *respondere*.

2. Siquis, *inquit Julianus*, cum existimaret se *hæredem* esse, *insulam* *hæreditariam* fulsisset, nullo alio modo, quam per *retentionem* *impensas* *servare* potest. *D. 12. 6. 33. in fine.*

Resp.

Resp. Quod *Julianus* sic respondit, quia si insulae possessionem vero heredi tradidisset, impensas ab eo condicere non potuit, quia nullum negotium inter eos contrahebatur, Quod si insulam retineret Dominus rei vindicatione, eam evincere necesse habuit, in quo iudicio Iudex ex aequitate potest efficere, ut eidem expensae refarcirentur, l. 39. D. de rei vindicat. Ita ut retentione non tam impensas recuperaret quam modum ad recuperandum in iudicio adhiberet.

3. Si Debitorem fugientem, inquit *Ulpianus* consequutus essem, secum ferentem pecuniam, & ei abstulissem, id quod mihi debetur, si fiat antequam alii Creditores in bonorum possessionem mittantur, cessat actio. D. 42. 8, 10. S. 16,

Resp. Quod hoc fit licite respectu Debitoris fugientis, & secundum legem antiquam 12. tabularum, Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito, cum copia Iudicis haberi non potuit, nec interest aliorum Creditorum, nisi ipsi in bonorum possessionem missi essent.

4. Qui vas argenteum perdiderat, inquit *Ulpianus*, eoque nomine furti egerat, cum de pondere vasis controversia esset, & actor majus fuisse diceret, Fur vas protulit, Id is cujus erat, ei qui surripuerat, abstulit, & Fur dupli nomine nihilominus condemnatus est. D. 42. 2, 48.

Resp. Quod in confesso erat vas ablatum Actoris fuisse, & *Accursius* censet eum non tam abstulisse, quam consensu & auctoritate Iudicis recepisse, & Fur in duplum nihilominus condemnatus est, quia, ut ibi *Ulpianus* ait, In actione poenali non venit ipsa res, sed aestimatio rei.

5. Si quis, inquit *Paulus*, sub hoc pacto ancillam vendiderit ne prostituatur, & ut si contra fieret liceret abducere, etsi per plures emptores mancipium currerit, ei qui primo vendidit, abducendi potestas sit. D. 18. 1, 56.

Resp.

472 *Quaestionum Juris Civilis*

Resp. Quod hæc potestas per legem, five conditionem Conventionis concessa est, & Emptor qui ejusmodi pacto consensit, apud alios Emptores, primi venditoris conditionem deteriore facere non potuit.

Resp. Quod hæc potestas per legem, five conditionem conventionis concessa est, & Emptor qui ejusmodi pacto consensit, apud alios Emptores, primi venditoris conditionem deteriore facere non potuit.

6. Patri, *inquit Papinianus*, jus datur occidendi adulterum cum filia, & *Macer*, marito, *inquit*, adulterum uxoris suæ occidere permittitur. *D. 48. §. 20. & 24.*

Resp. Quod Patri adulterum cum filia interficere, & Marito adulterum Uxoris occidere indulgetur, propter justum eorum dolorem, & indignationem, quæ in exemplum trahenda non sunt.

2. *Quod Judex aut Magistratus potest.*

1. Consules, *inquit Ulpianus*, apud se servos suos manumittere posse nulla est dubitatio, & *D. 1. 16. 1. §. 2.*

1. Præses, *inquit Idem*, apud se adoptare potest, quemadmodum & emancipare filium, & servum manumittere. *D. 1. 18. 2.*

Resp. Quod manumissio servorum, Adoptio & Emancipatio liberorum, sunt Jurisdictionis voluntariæ, & sine Cujusquam præjudicio exerceri possunt, sed eadem potestas circa Jurisdictionem contentiosam non permittitur. *D. 1. 18. 2.*

2. Prætoris est, *inquit Ulpianus*, æstimare an sua sit Jurisdictio? *D. 5. 1. 5.*

Resp. Quod quæstio Jurisdictionis, non est causa propria, sed causa officii, quod Prætor jure Reipublicæ sustinet. Cujus determinatio quoad jus partium est modici præjudicii, secus est in causa propria Prætoris, vel judicantis, cujus emolumentum, vel damnum ad eum suo nomine pertinet.

3. Omnibus

3. Omnibus magistratibus, *inquit Ulpianus*, concessum est, secundum jus potestatis suæ jurisdictionem suam pœnali judicio defendere. *D. 2. 3. 1.*

Resp. Quod hoc etiam iis concessum est ad tuendum auctoritatem publicam, & jus eorum qui coram iis litigant, ne judicia sint elusoria.

4. *Labeo* quærit, *inquit Ulpianus*, An si Magistratus municipalis servum meum loris ruperit, possim cum eo judicio experiri, quasi contra bonos mores verberaverit? Nam si honorem ornamentaque attentantem ceciderit, absolvendus est. *D. 47. 10. 5. S. 39.*

Resp. ex l. 33. D. eod. Quod id quod reipublicæ vindicandæ causâ secundum bonos mores fit; etiam si ad contumeliam alicujus pertineat, quia tamen Magistratus non ea mente facit, sed ad publicæ Majestatis vindictam respicit, actione injuriarum non tenetur.

5. In privatis negotiis, *inquit Africanus*, Pater filium, vel filius Patrem habere potest judicem; contra *l. 18. D. de jurisdictione. D. 5. 1. 77.*

Resp. Ex opinione *Duareni*, quod aliud est jurisdictionis, aliud judicium, quasi Pater in causâ filii, vel filius in causâ Patris jus dicere non possit, quod tradit *Ulpianus in l. 10. de jurisdictione*. Judex vero esse vel judicare possit, quia auctoritas judicantis, formulæ à Prætoribus datæ est astricta. Jus dicentis vero major & liberior est potestas, *Cujacius* vero distinguit inter verbum debet, quo utitur *Ulpianus*, & verbum potest, quo utitur *Africanus*, quasi, etsi Pater juste possit esse Judex, in causâ filii, honestius tamen fecerit, si in causâ filii judicandi munere abstinuerit. Ego vero arbitror quod *Africanus* sic intelligi potest; Quod in privatis negotiis, id est domesticis, inter familiares, inter quos Pater & filius pari affectione esse præsumuntur, utrique judices esse possunt, nec tamen in causis inter alios extra familiam jus dicere debeant.

474 *Questionum Juris Civilis*

De hac questione duplici sic statui potest. 1. Quod nemo privatus regulariter sibi jus dicere, vel jus suum propria auctoritate accipere possit, exceptis quibusdam casibus, utpote. 1. Si id faciat in suo, quod sibi facere licet, vel aliquid retineat, quod nisi fecerit, jus suum in judicio recuperare non possit. 2. Si ex conventionē rem sub conditione alienatam, non servata conditione resumat. 3. Si Debitoris aufugientis bona auferat. 4. Si adulterum cum filia vel uxoris suæ quis occidat. 2. Etiam quod regulariter nec Judex, nec Magistratus in causa propria jus dicere possit: Causa vero propria definitur, Cujus emolumentum, vel damnum ad aliquem suo nomine pertinet, l. 1. S. 2. D. *Quando sit appellandum*. Causa vero sua vel minus proprie, est quæ ad officium quod Judex vel Magistratus sustinet, spectat, circa quam licet judici; 1. De jurisdictione sua pronunciare. 2. Eos coercere qui ei non obtemperant. 3. Eos punire, qui in ipsum judicantem delinquant, de quo tamen inter Judicem Pedaneum & Ordinarium distinguitur. Nam Judex Pedaneus qui nudam habet cognitionem, ad Judicem Superiorem provocare necesse habet, Judex vero Ordinarius, si delictum sit notorium omnino punire potest, si non sit, notorium, sed ejusmodi de quo ulterior disquisitio & probatio sit habenda, etsi ad Judicem superiorem referre non tenetur, ut melius facturus scil. si alium qui cum eo cognoscat, assumat.

Vid. Pileum Modicensem, qu. 86. 87. Hunnium, lib. 4. part. 1. q. 1. Bronchurst. cent. 1. ass. 56. Duarenum Disp. l. 1. cent. 5. Cujacium ad Afric. tract. 3. Pacium, cent. 1. qu. 57. Nichol. Genoam, *Conciliatarum legum Controv.* p. 7.

QUÆST.

Q U Æ S T. II.

An Rem Actori instrumenta edere teneatur ?

Quod non,

1. **Q**UI accusare volunt, inquit *Antoninus Imp.* probationes habere debent ; Cum neque juris, neque æquitatis ratio permittat, ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat. C. 2. 1. 4.

2. Ea quæ ab *Antonino* Patre meo, inquit *Alexander Imp.* & quæ à me rescripta sunt ; cum juris, tum æquitatis rationibus congruunt. Quod multum interest, An ex parte ejus qui aliquid petit, rationes promi reus desiderat, quibus se posse instruere contendit, quod utique ipsa rei æquitas suadet, an vero ab eo à quo aliquid petitur actor desideret rationes exhiberi, quando hoc casu non oportet Originem petitionis, ex instrumentis ejus qui convenitur, fundari. C. 2. 1. 8.

3. Frustra inquit *Dioclet. & Maxim.* veremini, ne ab eo qui lite pulsatur, probatio exigatur. C. 4. 19. 8.

4. Nimis grave est, inquit *Itidem Imp.* quod petitis, partem adversam urgeri, ad exhibitionem eorum per quæ sibi negotium fiat, unde intelligitis, Quod intentionis vestræ proprias probationes asserre debitis non adversus se ab adversario deduci. C. 4. 20. 7.

Quod si

1. Non est novum, inquit *Alexander Imp.* Eum à quo petitur pecunia, implorare rationes Creditoris, ut fides veri constare possit : Ergo ut fides veri constare possit, non iniquum est etiam reum actori instrumenta edere. C. 2. 1. 5.

Resp.

476 *Questionum Juris Civilis*

Resp. Quod diversa ratio est inter Actorem & Reum, Nam Actor sicut ultro, ita paratus, & instructus ad judicium venire debet, Reus vero invitus ad judicium trahitur, & fortassis ignarus eorum, quæ ad defensionem suam pertinent, unde communiter in judiciis favorabiles sunt Rei quam Actores.

2. Edenda, *inquit Ulpianus*, sunt omnia, quæ quis editurus est, Ergo si quid Actor in instrumentis Rei deprehendat, quod pro se faciat, ex eo causam suam instruere potest. *D. 2. 13. 1. S. 3.*

Resp. Quod cum acta judiciaria publica sunt, utrinque litigantibus sunt communia, & proinde instrumentis in judicium productis, tam Actor quam Reus uti potest, *l. 12. C. de edendo*, secus est de instrumentis in judicium nondum productis.

3. Senatus censuit, *inquit Marcianus*, Ne quisquam eorum, à quibus quid fisco petitur, alia instrumenta delatori edere cogatur, quam quæ ad eam causam pertinent, ex qua se deferre professus est, Ergo cogi potest ad edendum ea, quæ ad eam causam pertinent. *D. 2. 13. 3.*

Resp. Quod hoc ex speciali privilegio fisco competit, idque in causis pecuniariis duntaxat, *l. 2. S. 2. D. de jure fisci.*

4. Quod desideras, *inquit Antoninus Pius*, ut adversaria tua rationes suas exhibeat, id ex causa ad officium Judicis Pertinere solet. Et post aditam hæreditatem triennio exacto, *inquit Scævola*, Hæres Legatariis Legem Falcidiam opponit, ideo quod Testator tutelam administravit, quarum ratio nondum reddita sit, & quod negat, tantum redigi posse ex nominibus, quantum in cautione deductum est. Quæsitum est an rationes defuncti, & omnium instrumentorum, Legatariis desiderantibus hæres describendi potestatem facere debeat? Responsum est ad officium Judicis pertinere; explorare ea per quæ probetur, quanti sit in bonis. *C. 2. l. 1. D. 35. 2. 95. S. 3.*

Resp.

Resp. Quod Editio instrumentorum à Reo, jure actionis fieri non debet, ex justa vero, & necessaria causâ officio Judicis ad edendum quis cogi potest, maxime hæres qui negat hæreditatem Legatis solvendis sufficere, à quo Judex hoc requirere potest, quia hæredi incumbit probatio intentionis suæ.

5. Argentarius, *inquit Gaius*, rationes edere jubetur, nec interest cum Argentario controversia sit, an cum alio. *D. 2. 13. 10.*

Resp. Prout sequitur in eadem lege; Quod Argentariorum officium, atque ministerium publicam habet causam, & hæc principalis eorum opera est, ut Actuum suorum rationes diligenter conficiant, unde non tam proprie sunt instrumenta Argentariorum, quam eorum, quorum causâ fiunt, *l. 4. §. 1. D. eod. D. 2. 13. 10.*

6. Titius, *inquit Scævola*, hæres Sempronii fundum *Septitio* ita vendidit. Fundus *Sempronius*. quicquid *Sempronii* fuit *Titio* emptus erit, tot nummis vacuumque possessionem tradidit neque fines ejus demonstravit, Quæritur an empti judicio cogendus sit, ex instrumentis hæreditariis, quid juris defunctus habuit, & fines ejus ostendere? Respondum, id ex ea scriptura præstandum, quod sentisse intelliguntur, quod si non appareat, debere venditorem instrumenta fundi & fines ostendere. *D. 19. 1. 48.*

Resp. Quod quum *Septitium*, qui fundum *Sempronii*, quanti fuit ab hærede emerit, & de ejus finibus postea non constaret, hæres *Sempronii* qui vendidit, ex bona fide ad ostendendum fines, & per consequentiam instrumenta, in quibus describebantur tenebatur, quod innuit *Scævola* in fine legis, cum dicat, quod hoc contractui bonæ fidei congruebat.

7. Titio, *inquit Papinianus*, Sejana prædia sicuti comparata sunt, Do, Lego, cum Gabiniana quoque essent uno pretio simul comparata. Respondum est, non sufficere solum argumentum Emptionis, sed inspicendum an literis, & rationibus, appellatione Sejano-

478 *Questionum Juris Civilis*

Sejanorum, Gabinians quoque contineantur, & utriusque possessionis confusi redditus titulo *Sejanorum* accepto lati sunt. *D. 32. 1. 93. S. 3.*

Resp. Quod Legatarius ex testamento testatoris, & Emptionis argumento habuit, quod pro fundamento intentionis suæ esset, Ex literis, & rationibus testatoris, ejus intentio adjuvari potuit, *Alexander Imp.* cum in *l. 8. C. de Edendo*, rescripsit, quod non oportet, originem petitionis ex ejus instrumentis qui convenitur, fundari, non negat, quin ad intentionem Actoris alias fundatam adjuvandam, Reus compelli possit.

De hac questione *Bartolus* sic distinguit, Quod instrumenta aut Rei propria sunt, aut Actoris & Rei communia. 1. De instrumentis propriis ita statuit. Quod aut queritur an Reus teneatur edere ad fundandam Actoris intentionem, & ait non teneri nisi in causa fisci, *l. 8. & l. 3. l. de Edendo*, aut ad ejus intentionem fundatam adjuvandam & tenetur edere, *l. 91. S. 3. D. de Legat. 3.* aut ad replicationem suam probandam, & tenetur, *l. penult. D. ad l. Falcidiam.* 2. De Instrumentis communibus ait, Quod aut communia sunt ratione proprietatis, & edi debent, *l. 19. C. de fide Instrumentorum*, aut communia sunt quia spectant ad utilitatem communem, ut instrumentum emptionis, & venditionis, & tunc aut instrumentum confectum est Sumptibus Rei, & non cogitur edere, aut publice confectum est, & gratis ad ejus manus pervenit, & cogitur edere.

Vi. l. Bartolum. ad l. Ea que nu. 4. C. de Edendo, Menochium de arbitrariis, l. 2. Casu. 157. Bronchurst, C. 2. Assert. 64. Pacium Cent. 1. q. 86.

QUÆST. III.

An affirmanti solum incumbat probatio?

Quod sic,

1. **E**L, *inquit Paulus*, incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. D. 22. 3. 2.

2. Actor, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* profitendo quod asseverat se probare non posse? reum probandi contrarium necessitate non astringit. C. 4. 19. 23.

3. Inter eum, *inquiunt Idem Impp.* qui factum asseverans onus probationis subiit, & negantem numerationem (cujus naturali ratione nulla est probatio) & ab hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna est differentia. C. 4. 30. 10.

4. Emptorem probare debere, *inquit Paulus*, eum servum de quo quæritur, antequam emerit, fugisse. D. 22. 3. 4.

5. Patronum, *inquit Sævola*, docere debere libertum, in fraudem suam aliquid dedisse, ut partem ejus, quod in fraudem datum esset, possit revocare. D. 22. 3. 6.

6. Eum, *inquit Ulpianus*, qui voluntatem mutatam dicit, hoc probare debere. D. 22. 3. 22.

7. Non est necesse, *inquit Celsus*, Pupillo probare fidejussores pro Tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse; Nam probatio exigenda est ab his quorum officii fuit providere, ut Pupillo caveretur. D. 22. 3. 11.

8. Si Creditum petam, *inquit Idem*, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. D. 22. 3. 2.

Quod

Quod non,

1. Siquis, *inquit Paulus*, neget emancipationem recte factam, ipse probationem præstare debet. *D. 22. 3. 2.*

Resp. Quod hæc positio non est simpliciter negativa, sed negativa juris, & ejus probatio incumbit neganti, quia omnia præsumuntur legitime acta, nisi contrarium probetur, quod probari potest docendo, rem aliter gestam, quam à jure requisitum est.

2. Si filius, *inquit Paulus*, in potestate Patris se esse neget, Prætor cognoscit, ut prior id doceat filius. *D. 22. 3. 8.*

Resp. Quod ibi *Paulus ait*, hoc pro pietate quam Patri debet filius statuendum est, & præsumitur potius in potestate Patris, quam sui juris, quod etiam probari potest, docendo se à Proavo, aut Avo paterno, cum Pater in eorum potestate esset, emancipatum esse.

3. Cum de lege Falcidia, *inquit Celsus*, quaeritur, hæredis probatio est, legem Falcidiam locum habere, utpote cum neget, salva falcidia, bona defuncti ad legata integra sufficere. *D. 22. 3. 17.*

Resp. Quod qui verbis negat, bona defuncti sufficere ad legata integra solvenda, effectu affirmat, plus esse in legatis, quam in bonis, salva Falcidia, quod directe probari potest ex testamento quantitatem Legatorum, & ex libris rationum quantitatem bonorum defuncti ostendentibus.

4. Hoc jure utimur, *inquit Pomponius*, ut ex hac stipulatione, Si *Lucius Titius* ante Calendas Majas in Italiam non venerit decem dare spondes? non ante quicquam peti potest, quam exploratum sit, id est probari possit, *Titium* ante eam diem non venisse, vel venire non posse. *D. 45. 1. 10.*

Resp. Quod promissio fieri potest sub conditione, non minus negativa, quam affirmativa, sed conditionis

Conditionis Negativæ eventus expectandus est, usque ad tempus præstitutum, & evenisse probari potest, docendo aliter contigisse, vel factum esse ut aliquem in Italiam non venisse, quia toto tempore in Græcia commorabatur.

5. Si Condemnationem, inquit Gordianus, cujus mentionem libello insertam fuisse proponis, manifeste probare potes, non intercessisse, allegationes tuas lædi non oportet. C. 2. 10. 2.

Resp. Quod ibi Negatio restricta erat ad certam scripturam, circa quam Libellionis, sive scriptoris error vel culpa probari potuit.

6. Si hunc contra quem suplicas inquirunt Dioclet. & Maxim. alienum esse confidis, per se vel per Procuratorem affirmationem ejus falsam detege. C. 4. 19. 14.

Resp. Quod quando certa qualitas negatur probari potest docendo contrarium, ut qui negat eum esse filium, qui se filium esse affirmat, id probare potest si demonstrat ultra decem menses antequam ex uxore natus est, se abfuisse.

7. Si quid, inquit Justinianus, scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis, ex antecedente causa descendentibus, eamque causam promissor specialiter edixerit, non jam causæ probationem exigere ei licentia erit, nisi ipse è contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, Religionem Judicis instruere possit, quod in alium aliquem modum non in eum quem Cautio perhibet negotium subsecutum sit. C. 4. 19. 18.

Resp. Quod Promissor, qui se obligatum in scriptis ex certa causa, specialiter fatetur, non debet à stipulatore alias probationes exigere, si tamen aliter gestum per modum affirmationis alleget, ad id probandum per testes forsitan, vel adversarii confessionem admitti potest; quo casu ad probandum id quod negat, non aliter admittitur, quam ex probatione ejus, quod ipse affirmavit.

482 *Questionum Juris Civilis*

Accursius Positionem Negativam triplicis generis esse tradit, scil. Facti, Juris, & Qualitatis. 1. Positio Facti Negativa est vel facti meri & Simplicis, ut si quis dicat *Titium* non solvisse & hæc probationem non admittit, vel est Negatio facti loco & tempore, vel simili circumstantia determinati, ut si quis dicat *Titium* tali die & loco non solvisse, & hujus probatio admitti potest, utpote, quod tali die & loco *Titius* alibi præsens fuerit. 2. Positio Juris Negativa est, cum quis negat actum aliquem legitime gestum, & hæc etiam probari potest ostendendo quædam de jure requisita, adhibita non fuisse. 3. Probatio Negativa Qualitatis est, ut cum negatur testatorem fuisse sanæ mentis, & probari potest ostendendo eum fuisse furiosum, Sed in his omnibus, uti observat *Vinnius*, negativa positio directe non probatur, sed posita prius, & probata affirmativa, ex qua inferitur, & concluditur Negativa.

Vid. Accursium in Glossa, ad l. 2. D. de probationibus Martinum de Fano, & Franc. Herculanum, tract. de Negativa probanda. Bronchurst. Cent. 2. Assert. 92. Vinnius lib. 2. Cap. 12.

Q U Æ S T. IV.

An actor, qui nihil probavit, Jusjurandum reo deferre possit?

Quod sic.

1. **M**aximum remedium expediendarum litium, *inquit Gaius*, in usum venit iurijurandi religio, qua vel ex pactiōe ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis controversia decidatur. *D. 12. 2. 1.*

2. Ait Prætor, *inquit Ulpianus*, Eum à quo iusjurandum petitur, jurare, aut solvere cogam. *D. 12. 2. 34. S. 6.*

3. Manifestæ turpitudinis & confessionis est, *inquit Paulus*, nolle nec jurare, nec iusjurandum referre. *D. 12. 2. 35.*

4. Tutor Pupilli, *inquit Item*, aliis probationibus deficientibus, iusjurandum deferens audiendus est. *D. 12. 2. 35.*

5. In omnibus, *inquit idem Paulus*, licentia concedenda est ei cui onus probationis incumbit, Adversario suo de rei veritate iusjurandum deferre, ipso prius de calumnia jurante, ut Judex juramenti fidem secutus ita possit sententiam formare jure religionis referendæ ei servato. *D. 22. 3. 25.*

6. Delata conditione iusjurandi, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* Reus, si non per actorem steterit, quominus de calumnia juret, per judicem aut jurare aut solvere, nisi iusjurandum referat, necesse habet. *C. 4. 1. 9. Addi possunt, l. 11. S. 1. D. de actione rerum amot. l. ult. S. 10. l. de jure deliberandi.*

Quod non,

1. Possessiones, *inquit Antoninus Imp.* quas ad te pertinere dicis, more judiciorum prosequere, Non enim possessori incumbit onus probandi eas ad se pertinere, cum in probatione, te cessante, dominium apud eum remaneat. *C. 4. 19. 2.*

Resp. Quod actore in probatione cessante dominium apud possessorem remanet, sed qui possessoris jurejurando rei controversæ jus defert, non cessat in probatione, sed modo probandi de jure concessio utitur.

2. Si intentionem actoris, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. *C. 8. 39. 9.*

Resp. Quod hoc verum est cum actor intentionem suam per testes, aut instrumenta probare conatus non est, nec audet jurejurando rei decidendam offerre, Hoc casu cum actor omnino deficiat, reus sine aliqua defensione securus est.

3. Actore non probante, *inquit Antoninus Imp.* qui convenitur etli ipse nihil præstet, obtinebit. *C. 2. 2. 4.*

Resp. Quod hæc sententia nec ad actorem jurejurandum deferentem pertinet, quia de actore non probante loquitur, neque ad reum consententem spectat, qualis habetur is, qui jurejurandum delatum recusât, *l. 38. D. de jurejurando.*

4. Solent judices, *inquit Gaius*, in dubiis causis, id est, in quibus sunt pares probationes, secundum eum qui juraverit, judicare. Ergo non ubi ex defectu probationis nulla est dubitatio. *D. 12. 2. 31.*

Resp. Quod *Gaius* in illa lege agit de jurejurando, quod in dubiis causis à judice uni ex litigatoribus deferatur, quod dicitur juramentum suppletorium, non de eo jurejurando, quod ab actore suo periculo deferatur reo.

5. Siquis

5. Siquis, inquit *Justinianus*, iusjurandum intulerit, & nec dum eo præstito, postea utpote allegationibus sibi abundantibus hoc revocaverit, sancimus nemini licere penitus, iterum ad sacramentum recurrere, satis enim absurdum est redire ad hoc cui quis renunciandum putavit, & cum desperat aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.

C. 4. l. 11.

Resp. Quod in hac constitutione agitur de eo, qui iurejurando quod prius retulerat tacite renunciavit, non de eo qui iusjurandum, antea non detulit, Neque enim ad iusjurandum denuo convolat, qui id nunc primum defert.

6. Si is, inquit *idem Justinianus*, cui sacramentum vel à parte, vel à iudice delatum est, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat, sacramentum recusare.

Resp. Quod hæc constitutio locum habet, cum dubitatur, iusjurandum recte delatum sit, necne, veluti si delatum sit de re ignota, vel de facto alieno, ex quo Iudex despicere debet, Quod ex eo apparet, quia in eadem lege, si Iudex coram quo iuramentum delatum est, sententiam dixerit, Iudex, Appellationis de causa recusandi, cognoscere debet.

7. Juramentum, inquit *Gregorius P.* quod à parte parti in iudicio deferretur, licite recusari potest. *Extr. 2. 24. l. ult.*

Resp. Quod in eo capite dicitur quod ejusmodi juramentum licite recusari potest & referri; Nec quisquam negat, recusari posse, dummodo simul reteratur.

De hac questione diversæ & contrariæ sunt Doctorum & interpretum, prout videre est apud *Miscardum* & *Vinnium* opiniones, *Donellus* pro sententia affirmativa, ita arguit, Quod cum actor in delatione iuramenti reo conditionem æquissimam proponat, eum propriæ causæ testem & quasi iudicem constituendo, omnino sine calumnia eam conditionem

repudiare non potest, ex quo tacite censetur, debitum fateri, quod jurejurando negare potuit, & proinde solutionem debiti quod tacite confitetur, inali-
noscere recusare. *Vinnius* vero concedit, si reus non utatur simplici inficiatione, negando intentionem actoris, sed exceptione aliqua se defendat, eamque probare paratus sit, necessitate juramenti suscipiendi vel referendi non tenetur, idemque censet si dicat se solvisse, cum utroque casu reo incumbit probatio, atque ordinario legitimæ probationis medio veritas erui possit.

Vid. *Pro parte affirmativa. Roderic. Suarez. ad l. 4. D. de jurejurando, ubi allegat Castrensem Alberium, Jasonem & alios ejusdem Opinionis. Dohellum ad tit. de jurejurando, cap. 12. nu. penul. Fachinæum, lib. 1. cap. 19. Bronchurst. cent. 2. assert. 34. Vinnium, lib. 1. cap. 42. Pro parte negat. Glossam ad l. 3. D. de rebus creditis Bartolum, Baldum, Salicetum, & alios quos refert Mascardus de probatione, vol. 2. conclus. 937.*

Q U Æ S T. V.

An in causa criminali fidejussor dari possit?

Quod non,

1. **C**UM fidejussor obligatur, inquit *Ulpianus*, rei locum obtinet, & reus pœnæ corporali est obnoxius, cui fidejussor se obligare non potest, cum ut, inquit idem *Ulpianus*, Nemo suorum membrorum est Dominus. *D. 46. l. 4. S. 1. D. 9. 2. 13.*

2. *Divus*

2. Divus Pius, *inquit Idem*, ad Epistolam *Antiochiensium* rescripsit, non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare paratus sit, nisi tam grave scelus eum admisisse constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere. D. 48. 3. 5.

3. Si Miles, *inquiunt Valentin. & Valens*. in provincia repertus crimen publicum commiserit, Rector provinciae, eum sub custodia constituat, atque ita vel Cause meritum, vel personae qualitatem ad Magistrum militum referat. C. 9. 3. 1.

4. Vulgo dicitur, *inquit Gaius*, Maleficiorum fidejussorem accipi non posse. D. 46. 1. 70. S. 6.

Quod sic,

1. Generaliter, *inquit Ulpianus*, omnium obligationum fidejussorem accipi posse minime dubium est. D. 46. 1. 8. S. 6.

Resp. Quod omnium obligationum fidejussores accipi possunt, sed prout *Justinianus* addit, in contractibus, sive Civiles sint, sive Naturales, non aut in Delictis, *Instit. de fidejussoribus*.

2. Qui pro Rei qualitate, *inquit Gaius*, evidentissime locupletem, vel si dubitatur, approbatum fidejussorem judicio sistendi causa non acceperit, injuriarum actio adversus eum esse potest, Quia sane non quolibet injuria est, eum in jus duci, qui fidejussorem satis idoneum dat. D. 2. 8. 5. S. 1.

Resp. Quod hoc verum est in Causis civilibus, in quibus cautio de sistendo in judicio admitti solet; sed non in criminalibus, in quibus Reus deprehensus Custodiae tradendus est.

3. Quod vulgo dictum est, *inquit Gaius*, Maleficiorum fidejussorem accipi non posse non sic intelligi debet, ut si cui furtum factum est; in poenam furti fidejussorem accipere non possit, Nam ob maleficia poenas solvi magna ratio suadet, & fidejusso-

488 *Questionum Juris Civilis*

jussore accepto poena certius est præstanda. *D. 2. 8. 5. §. 1.*

Resp. Quod in Causis Malefactorum, vel delictorum privatorum, quorum poena est pecuniaria, veluti furti, & similium, fidejussores accipi possunt, sed non in criminibus publicis, pro quibus supplicium corporale debetur.

4. De Custodia Reorum, *inquit Ulpianus*, Proconsul aestimare solet, utrum in Carcerem persona sit recipienda, an militi tradenda, vel etiam sibi commitenda. *D. 48. 3. 1.*

Resp. Quod publicorum Criminum diversi sunt gradus, & Reorum diversæ sunt qualitates, quarum consideratione diverso modo magistratus cum iis agere potest, quod innuit *Ulpianus*, cum in eadem lege dicat, Hoc vel pro criminis quod objicitur, qualitate, vel propter honores, aut amplissimas facultates, vel pro dignitate & innocentia, quarum intuitu videri potest, nullam subesse causam, quare de fuga sint suspecti.

5. Si quis, *inquit Ulpianus*, Reum Criminis pro quo satisdedit, non exhibuerit, poena pecuniaria plectitur, vel si dolo non exhibeat, extra ordinem est damnandus, ex quibus apparet quod pro reo criminis satisfactio, sive fidejussio dari potest & qui pro eo satisdedit, ad poenam pecuniariam duntaxat, non ad corporalem tenetur. *D. 48. 3. 4.*

Resp. Quod publicorum judiciorum, quædam Capitalia sunt, in quibus mors, aut exilium, quædam non Capitalia, in quibus corporis aliqua coercitio aut poena pecuniaria irrogatur, *l. 2. D. de publicis judiciis*. In hac vero lege non apparet, de quo crimine Reus tenebatur, & magis verisimile est, quod ad poenam pecuniariam tantum tenebatur, quo casu aliquis pro eo fidejubere potuit, & si eum non exhibuerit non alii quam poenæ pecuniariæ subjici.

6. Si servus, inquit *Papinianus*, Capitali crimine postuletur, lege publicorum judiciorum cavetur, ut ad sistendum (à Domino) vel ab extero satisfacto promittatur, &c. D. 48. 3. 2.

Resp. Quod lege publicorum judiciorum permitti potuit, ut, pro servo reo criminis capitalis, Dominus vel loco Domini extraneus fidejubere, sive satisficare possit, ne ejus custodia Domini detrimento cederet, eo magis quia servum in suam potestatem recipere, & quodocunque in judicio sistere vel exhibere potuerit, alia vero est ratio hominis liberi, qui suo tantum detrimento custodiæ committitur, nec fidejussor eum sistendi, vel exhibendi eandem potestatem habet.

7. Super his, inquit *Dioclet. & Maxim.* qui in capitalibus causis constituti, appellaverunt, id observandum esse sancimus, ut inopia idonei fidejussoris, retentis in custodia reis, Judices opiniones suas, & exempla ad scrinia eorum quorum interest, transmittant, ex quibus inferri potest quod criminum capitalium rei, non nisi ob inopiam fidejussorum in custodia retinendi sunt. C. 7. 62. 6.

Resp. Quod ex hac constitutione colligi potest, Quod rei in capitalibus judiciis damnati, qui appellaverunt, idoneis fidejussoribus committi possunt, quia in custodia detenti appellationes suas prosecui non possint, & qui eorum custodiam in se recipiunt, suo periculo eos coram judice appellationis sistere in se suscipiunt.

De hac quæstione censet *Bartolus* reum criminis non esse relaxandum, etsi mille fidejussores dare voluerit, cui etiam suffragantur *Baldus*, & *Wes-senbecius*; contrarium defendunt *Menochius*, *Hunnus*, & *Langius*; Alii distinguunt inter crimen cui pœna corporalis, & crimen cui, pœna tantum pecuniaria irrogatur, & statuunt, Quod si sit crimen cui pœna corporalis mortis, exilii, vel amissionis membrorum infligitur, fidejussor non sit

admittendus, si vero sit crimen cui tantum poena pecuniaria imponitur, fidejussor admitti possit.

Vid. Bartolum ad l. 37. D. de fidejussoribus, Baldum ad l. 1. C. Ne fidejussores dotium, Wessenbechium Paratit. Titulo, de fidejussoribus, Menochium Arbitra. l. 2. quest. 303. Hunnium, lib. 3. tract. 5. quest. 45. Langium, decad. theor. 3.

Q U Æ S T. VI.

*An in causa criminali Procurator
intervenire possit?*

Quod non,

1. **A**D crimen judicii publici persequendum, inquit Papinianus, Procurator frustra intervenit multoque magis ad defendendum. D. 48. 1. 13.

2. Non facile, inquit Ulpianus, per Procuratorem quis suspectus Tutor accusabitur, quoniam famae causa est. D. 3. 3. 39. in fine.

3. Divi fratres, inquit Idem, Longino rescripterunt, si is qui appellavit tibi mandavit, ut eum de appellatione, quam Pollia ad eum, id est contra eum fecit, defenderes, & res sit pecuniaria, nihil prohibet, te ejus nomine respondere; sin autem non sit causa pecuniaria, sed Capitalis per Procuratorem agi non potest: Sed etsi causa sit ex qua sequi solet poena, usque ad relegationem, non oportet per aliam causam agi; sed ipsum Auditorio adesse sciendum est. D. 49. 9. 1.

4. Si quando, inquit Zeno Imp. injuriarum actio quam inter privata delicta, Veteris Juris Auctores

thores connumerant,   quibuscunque viris illustribus, vel adversus aliquem eorum criminaliter moveatur, decernimus Illustri accusatori, vel Reo in quocunque judicio competente, causam per procuratorem criminaliter movere, vel suscipere. Ita tamen ut nullus alius idem audeat sibi vindicare, vel à nostro numine postulare, sed in cæteris mos judiciorum, qui hactenus obtinuit illæsus servetur. C. 9. 35. 11.

Quod sic,

1. Usus procuratoris, *inquit Ulpianus*, per quam necessarius est, ut qui rebus suis superesse non possint, per alium vel agere, vel conveniri possint. D. 3. 3. 1.

Resp. Quod hoc verum est in judiciis privatis, in quibus vertitur privatum duntaxat interesse, secus est in judiciis publicis, & criminalibus in quibus interesse publicum vertitur.

2. Ad Actionem injuriarum ex lege Cornelia, *inquit Paulus*, Procurator dari potest, sed h c actio spectat ad judicia publica. D. 2. 3. 42. S. 1.

Resp. Quod h c Actio (ut in eadem lege habetur) etsi pro utilitate publica, publice exercetur, privata tamen est.

3. Plane, *inquit Ulpianus*, Si pecuniaria causa sit ex qua ignominia sequitur, per Procuratorem agi potest. D. 49. 9. 1.

Resp. Quod in eadem lege distinguitur inter causam pecuniariam, & causam Capitaalem, & ex qua sequi solet pœna usque ad Relegationem, quia minus periculum est nequis ad evitandum pœnam pecuniæ, quam ad evitandum pœnam corporalem se judicio subtrahat.

4. Publice, *inquit Ulpianus*, utile est, absentes   quibuscunque defendi; Nam & in Capitalibus judiciis defensio datur. D. 3. 3. 33. S. 2.

Resp. Quod pro Reis absentibus etiam in Capitalibus

pitalibus judiciis Procuratores intervenire possunt, ad eorum absentiam excusandam, non ad eorum innocentiam defendendam.

5. Ea, inquit *Papinianus*, quæ inter reas adulterii recepta est absens defendi potest. *D. 48. 5. 11.*

Resp. Quod Rea adulterii post judicium contra eam inchoatum absens defendi potest, quia ubicunque absens condemnari potest, ibi quemvis pro eo facientem verba, & innocentiam excusantem audiri æquum est, *l. 33. S. 2. D. de Procuratoribus.*

6. Divus Hadrianus, inquit *Ulpianus*, rescriptis, eos qui spadones facerent, pœna legis *Corneliae* teneri, & si non adfuerint, de absentibus pronuntiandum, sed durum esset indefensos condemnari, quod contingeret si eorum Procuratores non essent audiendi. *D. 48. 8. 4. S. 2.*

Resp. Quod inter Reos recepti contra quos criminis probationes in judicio factæ sunt, tempore ferendæ sententiæ, ut condemnari, ita defendi, & si visum esset absolvi potuerunt.

7. *Lucius Titius*, inquit *Modestinus*, pro servo suo qui ad bestias damnatus est, provocationem interposuit. Quæsitum est an hujusmodi appellationis causas, per procuratorem reddere possit. Et non tantum ei qui ad supplicium ducitur, inquit *Ulpianus*, provocare permittitur, verum alii quoque ejus nomine si ille mandaverit, (id est ad hoc, Procuratorem constituerit) contra *l. 1. D. An per Alium Causa Appellationum. & c. D. 49. 1. 18. D. 49. 1. 6.*

Resp. Quod aliud est appellare, aliud provocare, Appellatio fit ad Judicem immediate superiorem, & est remedium ordinarium, Provocatio sive supplicatio, etiam ad Principem interponitur, & est remedium extraordinarium, *lex 1. D. An per Alium Causæ Appellationum*, loquitur de Appellatione, *lex 18. D. de Appellationibus, & l. 6. D. 101.* loquuntur de Provocatione, & in posteriori *Ulpianus* rationem reddit scilicet Humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere.

De

De hac Quaestione *Bronchurstus* asserit, quod in judiciis criminalibus maxime Capitalibus, nec ad accusandum nec ad defendendum Procuratores intervenire possint. 1. Non ad accusandum, quia in publico judicio Accusator non suum negotium sed publicum exequitur, & ad subeundum eandem penam, si crimen non probaverit, se inscribere debet; Nec ad defendendum, Ne Judicium reddatur elusorium, cum si liceret Reo abesse, & Procuratorem constituere, sentiens duriores sententiam in se constitutam iri, se subducere, & penam evadere possit. In causa tamen injuriarum, criminaliter intentata, Illustribus Personis, ex Privilegio concessum est, per Procuratorem agere, vel se defendere, deinde pro reo ad allegandum Justas causas absentiae, Procurator admitti potest. 2. In Casu quo Reus absens damnari potest, æquum visum est etiam ad eundem defendendum, Procuratorem admittere. 3. Pro eo qui damnatus est humanitatis intuitu, etiam alteri provocare licet.

Vid. Fachinæum lib. 1. cap. 24. & 25. Bronchurst. Cent. 1. Assert. 5. Hunnium lib. 4. part. 5. quest. 4. Pacium Cent. 2. quest. 40. Socinum Reg. 322. Antonium Rubeum Repetitione ad l. 13. D. de publicis Judiciis.

QUÆST. VII.

An de Causa Criminati transigere liceat?

Quod non,

1. **I**llud, *inquit Paulus*, conveniri non potest, Ne de Moribus agatur, Ne publica coercitio privata pactione tollatur. *D. 23. 4. 5.*

2. In Filii causis, *inquit Ulpianus*, pacti cum Delatoribus, pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederint. *D. 49. 14. 4. D. eod. l. 29. similiter.*

3. Si quis, *inquit Idem*, vi bonorum raptorum, injuriarum, suo nomine damnatus, pactusve erit, infamis erit; Quoniam intelligitur, *inquit Paulus*, fateri crimen, qui paciscitur. *D. 3. 2. 4. & 5.*

4. In omnibus Causis, *inquit Idem*, præterquam sanguinis, qui Delatorem corrumpit, ex Senatusconsulto pro convicto habetur. *D. 47. 15. 7.*

5. De Crimine Adulterii, *inquit Alexander Imp.* pacisci non licet, & par delictum est Accusatoris Prævaricatoris, & Rei fugientis veritatis inquisitionem. *C. 9. 9. 10.*

Quod sic.

1. Quod Edicto Prætoris, *inquit Ulpianus*, infamiae notatur, qui damnatus, pactusve erit sic accipimus, si cum pretio quantocunque pactus est, alioquin & qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus, nec ulla erit veniæ ratio, quod est inhumanum. *D. 3. 2. 6. S. 3. l. 29. S. 2. D. de Adulteriis similiter.*

Resp.

Resp. Quod transactio est, cum aliquid datur, aliud remittitur, & generalis est regula. Neminem prohiberi injuriam suam gratis remittere, l. 29. S. 2. D. de Adulteriis. Et simplex injuriæ gratia, inquit *Valerianus, & Gallienus*, pactis existimationem integram, illibatamque conservat, l. 18. C. ex quibus causis infamia irrogatur.

2. Constitutio Imperatoris, inquit *Ulpianus*, quæ prohibet Judici vel Adversario in publicis, vel privatis, vel fiscalibus causis pecuniam dari, cessat, si Adversarius non per calumniam transigendi causa, accepit, Neque enim transactionibus, sed sordidis concussionibus interdictum est. D. 3. 6. 1. S. 3.

Resp. Quod prout *Vinnius* censet, hæc lex intelligenda est de eo actore, qui cum civiliter agere possit, criminaliter agere proposuerat; Huic enim nihil obstat, quo minus accusationem nondum inceptam remittat, quippe quem consilium mutasse, & pro eo quod civili judicio consequi potuisset, pecuniam accepisse credendum sit. Præterea notandum quod in vulgari editione habetur, non transactionibus licitis, sed sordidis concussionibus interdictum est.

3. Si Tutor, inquit *Gaius*, qui negotia gerit, aut Curator cum fure transegerit, cum fure evanescit actio, D. 47. 2. 54. l. 56. S. 4. D. de furtis similiter.

Resp. Quod cum de delicto privato, urpote furto civiliter agitur, transactio facit, ut delicti actio evanescat, Cum vero condemnatum, urpote furti, infamia sequitur, si ante judicium institutum transactum sit, etiam infamia evanescit, si vero post in jus vocationem transactio facta sit, reus infamiæ notam non effugit.

4. Transigere, vel pacisci, inquit *Dioclet. & Maxim.* de crimine Capitali, excepto Adulterio, prohiberetur non est, & in Capitalibus criminibus,

inquit

Resp.

inquit Ulpianus, decretum est non nocere ei, qui Adversarium suum corrumpit, sed in his demum quæ causam mortis continent. C. 2. 4. 8.

Resp. Quod proprie nulla est transactio nisi de re familiari, In criminibus vero capitalibus, id est, iis quibus poena sanguinis irrogatur, est transactionis quædam similitudo, cum reus accusatori aliquid dat, ut ab accusatione desistat, & permissa est quodam miserationis intuitu, & quasi reus dederit magnitudine periculi perterritus, ita enim *Ulpianus*, Ignoscendum inquit est ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit, l. 1. D. de Bonis eorum.

5. In publicis criminibus, *inquiunt Idem Impp.* quæ sanguinis penam non irrogant, transigere non licet, citra falsi accusationem, id est, præterquam in falsi crimine, ut *Harmenopolus*, & Græci intelligunt, unde infertur quod de crimine falsi transigere licet. C. 2. 4. 18.

Resp. Quod etsi Græci, & multi ex neotericis hanc clausulam citra falsi accusationem pro exceptione interpretantur, *Antonius Faber* tamen, *Hotomannus*, *Donellus*, & alii in quibus *Vinnius*, contendunt, verbum citra in hoc rescripto pro sine intelligendum; ut sensus sit, Quod accusator transigens de crimine non capitali, incidat in crimen falsi Senatusconsulto *Turpilliano* constitutum, quam opinionem non solum ex frequentiori usu verbi, citra, cum in Jure Civili, tum in aliis latinis authoribus, sed etiam rationibus, & argumentis, ex Jure abunde confirmat *Vinnius*, tractatu de transactionibus nu. 30.

6. Polla quidem, *inquiunt Severus & Antoninus*, liberam habuit patrimonii administrandi potestatem, nec idcirco quia Pupillus hæres extitit, ea quæ ab ipsa finita sunt in discepcionem revocari oportet, sed si Pupilli nomine testamentum falsum

falsum vis dicere, de quo per Pollam transactum est, potes experiri, dum memineris, si in causâ non obtinueris, de tua Calumnia Præsidem deliberaturum, cum retractas ea, quæ per cohæredem finita sunt. Ex quibus videtur quod de Testamento falso transactio permissa fuerit. C. 6. 35. 2.

Resp. Quod in hoc casu, Transactio facta fuit à Polla, super quibusdam in testamento nondum suspecto, dispositis, post cujus mortem, Tutor Pupilli Nomine falsum dicere volebat, & quamvis dictum sit, Ea quæ per Pollam finita erant, non fuisse retractanda, tamen non apparet eam de falso testamento causam finivisse, nec de falso testamento transegisse, ita Hotmannus.

7. Ipse significas, inquit Valerianus & Galienus Impp. Cum primum adversarii instrumenta protulerint, te fidem eorum suspectam habuisse. Facta igitur transactione difficile est ut is qui provinciam regit, cui semel acquieviisti, tibi velut falsum, accusare permittat. C. 9. 22.

7.

Resp. Quod in hac lege transactum videtur de causâ contra quam proferebantur instrumenta suspecta, non de Crimine ejus qui falsis instrumentis utebatur.

8. Si ex falsis instrumentis, inquit Leo & Anthemius Impp. transactiones vel pactiones initæ fuerint, tamen falso Civiliter revelato, eas retractari præcipimus, nisi etiam de eo quod etiam falsum dicatur, Controversia orta decisa, id est transacta sopiatur. C. 2. 4. 42.

Resp. Quod falsi agi potest & Criminaliter, & Civiliter, l. penult. & l. ult. D. de falsis, si criminaliter actum sit transigi non potest, si civiliter agatur, transactio eodem modo valet, ut in cæteris causis pecuniariis, ita Hotmannus.

Hæc

498 *Questionum Juris Civilis*

Hæc quæstio oritur præcipue ex l. 18. C. de *Trans-
actionibus*, Cujus rescripti duæ sunt partes. 1. In qua
traditur quod transigere licet de Crimine Capitali ex-
cepto Adulterio. 2. Quod in aliis publicis Criminibus
transigere non licet, citra falsi accusationem. Quoad
vero transigendi in Criminalibus licentiam, aliter Ac-
cusatori, aliter Reo permittitur, Accusator tum de-
mum transigere potest, Cum accusatio est instituta,
Quia minæ de accusando ad extorquendam pecuniam,
speciem Concussionis habent, l. 2. D. de *Concussio-
ne*. Reus quovis tempore, tam ante quam post ac-
cusationem institutam transigere potest. Quod inter
Crimina Capitalia Adulterium sit exceptum magnam
dubitationem habet, cum ex lege *Julia* hujus Cri-
minis poenam Capitalement non fuisse constet, Alii ex
Justiniani Novella 134 à Constitutione *Constantini*
Capitalement factam censent, Alii ante *Constantinum*
ex l. 9. C. de *Adulteriis*, Capitalement sancitam arbi-
trantur, *Brissotius*, *Cujacius*, *Del-Rio*, *Donellus* re-
scriptum à *Triboniano* interpolatum putant. *Hoto-
manni* singularis est conjectura, Quod particula
Non in hoc rescripto in alieno loco posita, in prio-
rem locum sit restituenda, ut sic legatur, *Transigere
de Crimine non Capitali excepto Adulterio*, prohi-
bitum non est, sed hæc Conjectura non solum con-
tra fidem omnium exemplarium, sed & contra con-
stantem Græcorum translationem facit. Ad alte-
ram partem Legis quod attinet, in aliis publicis
Judiciis quibus poena Sanguinis non irrogatur, Tran-
sigere non licere, ita Jus habet; Quod si post in-
ceptum Judicium fiat transactio, Actor incidit in
poenam Senatusconsulti *Turpilliani*, Reus vero tran-
sigens habetur pro confesso, sed si ante captum
Judicium facta sit transactio, est ipsa quidem in-
valida, sed fictam Confessionem Criminis non in-
ducit.

*Vid. Hotomannum. Quæstion. Illustrum 21. Del-
Rium, Donellum, & Pacium ad l. 18. C. de
Transfessionibus, Vinnium accurate differantem
in Tractatu de Transfessionibus.*

QUÆST. VIII.

*An ex præsumptionibus de crimine
quis sit condemnandus?*

Quod non,

1. **D**E suspitionibus, inquit *Ulpianus*, non aff-
quem condemnari *Divus Trajanus* affi-
duo *Severo* rescripsit, Satius enim est im-
punitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem
damnari. *D. 48. 19. 1.*

2. Qui accusare volunt, inquit *Antoninus Imp.*
Probationes habere debent. *C. 2. 1. 4.*

3. Sciant cuncti accusatores, inquit *Gratianus*
& *Valentinianus Impp.* se eam rem in publicam
notionem referre debere, quæ munita sit idoneis te-
stibus, vel instructa apertissimis documentis, vel in-
diciis ad probationem indubitatis, & luce clariori-
bus expedita. *C. 4. 19. 25.*

4. Qui sententiam laturus est, inquit *Constantinus*
Imp. hoc temperamentum teneat, ut non prius in
quenquam Capitalem, severamque sententiam pro-
mat, quam in Adulterii, vel homicidii, vel maleficil
crimine, aut sua confessione, aut certe omnium qui
tormentis, vel interrogationibus fuerint dediti, in
unum conspirante, concordanteque rei finem, con-
victus sit, & sic in objecto flagitio deprehensus, ut
ea quæ commiserit, vix negare possit. *C. 9. 47. 16.*

Quod

Quod sic,

1. Oportet judices, *inquiunt Dioclet. & Maxim.* in criminibus quæ publicorum judiciorum sunt non à tormentis initium sumere, sed argumentis primum verisimilibus, probabilibusque uti. *C. 9. 41. 8.*

Resp. Quod oportet judices argumentis verisimilibus, probabilibusque uti, priusquam ad tormenta deveniatur, non ab ejusmodi argumentis, ad condemnationem procedere.

2. Siquis Tutor datus, *inquit Ulpianus*, non compareat, solet edicto evocari, novissimeque si sui copiam non fecerit, ut suspectus removeri, ob hoc ipsum quod sui copiam non fecit. *D. 26. 1. 703.*

Resp. Quod cum de suspitione sola quaeritur, ad Tutorem suspectum arguendum sufficit, quod edicto vocatus sui copiam non fecit. Quod si de alio crimine, vel reatu quaereretur, ad condemnandum hoc non sufficeret.

3. Intelligitur, *inquit Paulus*, fateri crimen qui paciscitur. *D. 3. 2. 5.*

Resp. Quod qui paciscitur, crimen fateri interpretatione juris fingitur, sed tamen non ex hujusmodi ficta confessione, de crimine est condemnandus, sed ex aliis probationibus legitimis, ad condemnationem est procedendum, *ita Fackineus.*

4. In omnibus causis, *inquit Ulpianus*, præterquam in sanguinis, qui delatorem corrumpit pro convicto est habendus. *D. 47. 15. 7.*

Resp. Quod hoc quidem est, præsumptio juris, quia Senatusconsulto ita constitutum est, sed tamen probatio in contrarium est admittenda, secundum, *l. 8. D. de Calumnia*, ex qua apparet, quod etiam ab eo qui innocens est, pecunia extorqueri potest.

5. *Divus Hadrianus* rescriptit, inquit *Martianus*, eum qui hominem vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum esse, & hoc ex re constituendum esse. Nam si gladium strinxerit, & cum eo percusserit indubitate occidendi animo, id eum admisisse habendum est.

Resp. Quod propositum occidendi, à telo quo quis percussit, præsumi potest, etsi revera res aliter se habere potuit, sed Imperatori forsàn visum est, ita statuere ut homines in rixis, à stringendis gladiis cautius abstinerent.

6. *Trebius Germanus* Legatus, inquit *Martianus*, etiam de impubere, supplicium sami jussit, & tamen non sine ratione. Nam is puer, nec multum à pubertate aberat, & ad pedes Domini cubuerat cum occideretur, nec post cædem prodiderat. *D. 29 §. 14.*

Resp. Quod Senatusconsulto, quo puniuntur servi sub eodem tecto, qui cædem dominorum non produnt, tanquam conscii, impuberes excipiuntur, sed hic puer pubertati proximus fuit, in quo malitia ætatem supplere potuit, & cum in eodem cubiculo in quo Dominus interfectus est, cubuerit, & post cædem Domini tacuerit, merito in eam consensisse videri potuit.

7. Si qui Adulterii fuerint accusati, inquit *Theodosius & Arcadius*, & obtentu proximitatis, intentata depulerint per commemorationem necessitudinis, criminis fidem derogando, dum existimatur debere credi, quod allegatur, non potuisse committi, Hi si postea in nuptias, consortiumque convenerint, facinus illud de quo fuerint accusati, manifesta fide, atque indiciis evidentibus publicabunt, unde si qui hujusmodi reperi fuerint, jubemus in eosdem severissime vindicari & veluti confessum facinus convictumque puniri. *C. 9. 9. 34.*

Resp.

502 *Quæstionum Juris Civilis*

Resp. Quod hoc specialiter constitutum est in odium eorum, qui colore cognationis adulterinum consortium celare studuerunt, eo magis quod adulteria plerumque clam committuntur, nec ut alia crimina claras probationes admittunt.

8. Siquis, *inquit Justinianus*, eum quem suspectum habet de sua uxore, ter in scriptis denunciaverit in præsentia trium testium, & postea invenerit eum uxorem suam convenientem, in domo sua, vel uxoris, vel in popinis, sine periculo eum perimat, si alibi invenerit, tribus testibus convocatis tradat eum judici, qui nulla alia ratione quæsita, eum puniendi licentiam habet. *C. 9. 9. Auth. Siquis.*

Resp. Quod Judex eum puniendi licentiam habet, non ut Adulterum, sed quia contra constitutionem, & mariti denunciationem, cum uxore ejus congressi ausus sit, quod satis erat judici ad eum puniendum.

9. Filii eorum qui læsæ majestatis rei sunt, *inquiunt Arcadium, & Honorium*, paterno supplicio perire debent, in quibus paterni, hoc est hæreditarii criminis exempla metuuntur. *C. 9. 8.*

Resp. Quod hoc speciali lege extraordinarie constitutum est, quo magis parentes metu supplicii liberorum, à crimine læsæ Majestatis terreantur.

Julius Clarus de hac quæstione ita statuit. Quod præsumptionum tres sint gradus, quarum aliæ leves, aliæ graviore, aliæ gravissimæ habentur. Leves sunt, quæ in suspicionibus tantum fundantur, graviore sunt quæ vehementius indicium faciunt, ita ut sint plusquam simplices præsumptiones, minus quam plenæ probationes. Gravissimæ sunt quæ quasi plena probatio habentur. Leves sufficiunt ad capturam, ut tollatur facultas fugiendi, graves sufficiunt ad examinandum super crimine, & ad adhibendum torturam, gravissi-

mæ sufficiunt aliquando ad condemnandum. De quibus non potest dari certa regula, sed multum permittitur arbitrio Judicis. Aliqui censent quod non sufficiunt ad poenam Capitalementem, sed quod sufficere possunt ad poenam corporalem mitiorem vel ad poenam pecuniariam, Alii censent quod sufficiunt ad infligendum poenam ordinariam etsi Capitalementem, maxime si lege aliqua sint comprobatae, & si delictum sit occultum, & difficilis probationis.

Vid. Baldum, Castrensem & alios D D. ad l. ult. D. de Probationibus, Menochium de Presumpt. lib. 1. quest. 7. & 97. Julium Clarum sentent. lib. 5. S. fin. quest. 20. Fachinæum, lib. 1. cap. 34. Morlam, Tit. 12. quest. 1. Bronchurst. Miscell. Cent. 2. Afferi. 61. 64.

QUÆST. IX.

An Judex secundum propriam notitiam contra probationes in Judicio pronunciare debeat?

Quod non,

1. **P**raeses provinciae, inquit Ulpianus, id sequatur quod convenit cum sequi ex fide eorum quæ probabuntur. D. 1. 18. 6. S. 1.
2. Bonus Judex, inquit Ambrosius, juxta leges & jura pronunciet, & nihil paratum, sive meditatatum domo ferat, sed sicut audit ita judicet.
3. Exequutor, inquit Innocentius tertius, sententiam exequi debet, etiamsi sciat eam iniquam esse. Extr. 1. 29. 28.

4. Absurdum.

504 *Questionum Juris Civilis*

4. Absurdum est, inquit *Justinianus Imp.* si promiscuis actibus rerum turbentur officia, unde inferitur; quod idem non potest esse & testis & Judex. C. 6. 26. 3.

Quod sic,

1. Veritas rerum, inquit *Ulpianus*, erroribus gestorum non vitiatur, unde inferitur, quod Judex ad servandam veritatem quam novit, contra probationes in contrarium, sententiam proferre possit. D. 1. 18. 6. S. 1.

Resp. Quod in ea lege inter Notitiam Judicis, & Probationes in judicio factas, nulla comparatio instituitur, sed ejus sententia est, quod Judex debet, non ex falsis instrumentis, aut documentis, sed ex veris probationibus sententiam dicere.

2. Non dubitandum est, inquiunt *Dioclet. & Maxim.* si quid à Litigatoribus, vel ab his qui negotiis assistunt minus dictum fuerit, id Judicem supplere, & proferre posse, quod sciat Legibus & Juri publico convenire. C. 2. 11. 1.

Resp. Quod Judex ea quæ sunt Juris, ex officio supplere potest, sed non ea quæ sunt facti.

3. *Papinianus* respondit, inquit *Martianus*, quod facti quæstio, est in arbitrio Judicantis. D. 48. 6. 1. S. 4.

Resp. Quod est in arbitrio Judicis expendere & declarare factum probatum sit, necne, non est in ejus arbitrio sive potestate probationes suppeditare.

4. Judicibus de Jure dubitantibus, inquit *Ulpianus*, Præsides respondere solent; de facto consulentibus, non debent Præsides consilium impertire, verum jubere eos, prout Religio suggerit sententiam proferre. D. 5. 1. 79.

Resp.

Resp. Quod Judex de Probationibus dissentientibus, & dubiis coram se in Judicio prolatis, secundum Religionem & conscientiam suam statuere potest, sed non potest contra probationes certas, ab iis qui fide digni sunt, prolatas, sententiam dicere.

3. *Hadriani ad Valerium* Verum rescriptum extat, *inquit Callistratus*, de excutienda fide testium, in qua hoc solum inquit, tibi rescribere possum. Non utique ad unam Probationis speciem, cognitionem statim alligari debere, sed te ex animi tui sententia æstimare oportere, quid aut credas, aut parum tibi probatum opineris. *D. 22. 5. 3. S. 2.*

Resp. Quod in prior parte rescripti, Imperatoris verba hæc sunt, Quæ argumenta, ad quem modum, cuique rei probandæ sufficiant nullo certo modo dehniri potest. Alias numerus testium, Alias dignitas & Authoritas, Alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem &c. Ex quibus apparet, quod Imperator sentit inter diversas species probationum, veluti inter instrumenta, & testes, & testes inter se discrepantes, & communem famam, Judicem posse ex qualitate personarum & rerum circumstantiis, quid potius credendum sit æstimare, non quod possit consentientes & uniformes probationes rejicere.

6. Quod Legibus omisum est, *inquit Papinianus* non omittetur Religione Judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii, quod integræ frontis homo dixerit, fidem perpendere. *D. 22. 5. 13.*

Resp. Quod Judex potest ex causa circa testimonia eorum qui fide digni sunt deliberare, & à proferenda secundum ea sententia abstinere, non tamen contra ea pronunciare.

506. *Quæstionum Juris Civilis*

7. Ad officium Judicis, de finibus cognoscen-
tis, inquit *Ulpianus*, pertinet, mentores mittere,
& per eos quæstionem finium dirimere, æquum
est, & si ita res exigat, oculis etiam suis subjectis
locis, & ita non minus testis, quam Judicis officio
fungi.

Resp. Quod in finibus agrorum distinguendis, Ju-
dex eorum limites coram intueri potest, & secundum
ea, quæ, in rem præsentem veniens, competit, deter-
minare, sed in eo non judicat secundum id, quod
ut privatus, sed secundum id quod sibi ut Judici ex Rei
Evidentia constat.

De hac quæstione primum controversia orta est,
inter *Johannem* & *Martinum* veteres Glossatores,
uti refert *Accursius*, è quibus *J. hannes* contende-
bat, Judicem secundum allegata & probata pronun-
ciare debere; *Martinus* defendebat, eum in ju-
dicando conscientiam suam sequi oportere. *Johan-*
nis opinionem Canonistæ, & Juris Civilis præ-
stantiores interpretes tuentur, Quia tutior est ra-
tio litium finiendarum secundum probationes, quam
obtentu scientiæ Judicis, ei permittere probationes
negligere. *Hotomannus* & alii censent, si à Ju-
dice nulla sit provocatio, & Litigatores ejus fidei
se committant, eum ex animi sui sententia, con-
scientia suffragante, pronunciare posse, sin vero ab
eo sit provocatio, rectius facturum, si à judicando
abstineat, atque in ea causâ apud Judicem superio-
rem se testem exhibear, Maxime in criminali causâ,
in qua periculosius est pro condemnatione, quam pro
Absolutione sententiam ferre.

Vid. *Glossam* & *D. D. Juris Civilis ad l. 6. D.*
de officio Præsidis, *D. D. Juris Canonici ad*
cap. 28. S. Quia vero Extr. de officio Dеле-
gati, *Hotoman. quæst. Illust. 26. Morlam. tit.*
2. q. 1. Bronchurst. Cent. 1. Assert. 14. Et quam
plures alios, quos recenset. Hillingerus in
Donelli

Donelli Enucleati lib. 29. cap. 3. qui in utramque partem acriter contendunt,

QUÆST. X.

An Judex possit augere, vel minuire
pœnam Legibus impositam?

Quod non,

1. **P**erspiciendum est Judicanti, inquit *Martianus*, nequid aut durius aut remissius statuatur, quam quod causa deposcit, Nec enim aut Severitatis, aut Clementiæ gloria affectanda est, sed perpenso judicio prout quæque res postulat statuendum est. *D. 48. 19. 11.*

2. *Papinianus* respondit, inquit *Marcianus*, Facti questio est in arbitrio Judicantis, pœnæ vero persecutio, non ejus voluntati mandatur, sed legis authoritati reservatur. *D. 48. 6. 1. S. 4.*

3. De pœna, inquit *Labeo*, provocatio non est, simul enim atque quis victus est, ejus maleficii, cujus pœna statuta est, statim ea debetur. *D. 50. 16. 244.*

4. Judicem nosse oportet, inquit *Valeminianus* & *Theodosius*, quod gravi infamia sit notandus, si violentiæ crimen apud se probatum impunitate donaverit, aut molliorem quam præstituimus, pœnam protulerit. *C. 9. 12. 8, S. 2.*

5. Ne quis, inquit *idem Impp.* aliquos Catholici Ecclesiæ, religionem sequi prohibeat, quod qui fecerit vel in se passus fuerit, exilio damnabitur,

508 *Questionum Juris Civilis*

Quæ omnia ita Custodiri decernuntur, ut Nulli Judicum liceat delatum ad se crimen minori coercitioni mandare, nisi ipse idem pati velit, quod aliis diffimulando concesserit. C. 1. 6. 3. in fine.

Quod sic,

1. Plane in levioribus causis, inquit *Marcianus*, si dices ad lenitatem proniores esse debent, in gravioribus, severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi. D. 48. 19. 11.

Resp. Quod quando in legibus certa poena est præfixita, ut fustigatio, relegatio, tempus vero vel modus non præscribitur, Judex in levioribus, respectu temporis, & modi potest lenitate ut & in gravioribus benignitatem adhibere, nec tamen poenam quæ legibus imposita est, mutare.

2. Refert, inquit *Ulpianus*, in majoribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu, & sane in omnibus criminibus distinctio hæc, poenam aut juste eligere debet, aut temperamentum admittere. D. 48. 19. 5. in fine.

Resp. Quod delictum vel crimen quod videtur casu commissum, non est idem delictum, vel crimen, quod dolo committitur; Quia voluntas, & propositum distinguunt maleficia, & proinde eorum, ut diversa sunt Crimina, diversa ratio est habenda.

3. In delictis minor annis viginti quinque, inquit *Tryphonius*, restitutionem in integrum, utique in atrocioribus, non meretur, nisi quatenus interdum, miseratione ætatis ad mediocrem poenam Judicem perduxerit. D. 4. 4. 37. S. 1.

Resp. Quod etsi Leges minoribus in delictis restitutionem in integrum non permittant, Ratione tamen, vel miseratione ætatis, aliquid iis indulgent, unde Judex, non tam ex suo arbitrio, quam ex concessione Legum, eorum poenas ad mediocritatem reducere potest.

4. Nonnunquam, evenit, inquit *Claudius Saturninus*, ut aliquorum supplicia exacerbentur, nimirum quoties personis multis grassantibus, exemplo opus est. *D. 48. 19. 16. in fine.*

Resp. Quod huius pœnæ & supplicii est, non solum ut delinquentes puniantur, sed ut alii etiam à delinquendo terreantur, *l. 28. S. 15. D. de pœnis*: Et proinde quoties exemplo opus est, Judices respectu loci, vel temporis, vel modi, in eodem genere, pœnas acerbiores infligendi potestatem habent.

5. Pœna gravior ultra Legem imposita, inquit *Ulpianus*, existimationem conservat, ut puta si Præfes eum, qui parte bonorum mulctari debuit, relegaverit; dicendum est duriori sententia, cum eo, de ejus existimatione esse transactum ideoque infamiam non esse. *D. 3. 2. 13.*

Resp. Quod transactio sine consensu expresso, vel saltem tacito, facta, non intelligitur, & proinde si gravior pœna consentienti sit imposita, ei non fit injuria, Si invito irrogetur, Legibus non probatur, sed æquum visum est ut remissione infamie compensetur.

6. Et si severior sententia, inquit *Severus & Antoninus*, dici debuit, tamen cum Proconsul certis rationibus motus mitiorem sententiam dixerit, & ordine Decurionum, te biennio abstinere jussit, transacto tempore, te non esse in numero infamium palam est, eo quod post biennium Decurionatus prohibitionem, Judex tibi remisisse videtur. *C. 2. 12. 3.*

Resp. Quod respectu Criminis simpliciter considerati Severior sententia dici debuit, respectu tamen qualitatis, live Conditionis personæ, aliisque (uti in rescripto habetur) rationibus, quibus Proconsul movebatur, mitior sententia proferri potuit cum in distributivæ Justitiæ (ad quam pœnarum irrogatio pertinet) dispensatione, non A-

rich-

510 *Quæstionum Juris Civilis.*

rithmetica, sed Geometrica proportio sit observanda.

7. Hodie, inquit *Ulpianus*, licet ei qui extra ordinem de Crimine cognoscat, quam vult sententiam proferre, vel graviolem, vel leviolem, ut in unoquoque modo rationem non excedat, *D. 48. 19. 13.*

Resp. Quod ex eo quod *Ulpianus* ait, Hodie licet, &c. Colligi potest quod retroactis temporibus, Judices non quam vellent sententiam, vel graviolem, vel leviolem proferre potuerunt, & postquam antiqua judiciorum solennitas ex usu recessit, non statim cum judiciis etiam pœnæ mutatae sunt, Nam Paulus in *l. 8. D. de publicis judiciis*, Ordo, inquit, exercendorum publicorum judiciorum Capitalium, in usu esse desiit, durante tamen pœna legum, cum extra ordinem crimina puniuntur. Sed postea, uti tradit *Ulpianus*, licuit ei qui extra ordinem de Crimine cognoscebat, quam vellet sententiam ferre, sublatis scil. per desuetudinem Legibus, quibus pœnæ certæ Criminibus prius irrogabantur.

De hac Quæstione *Julius Pacus* ita statuit, quod pœna aut est legitima, & ordinaria, vel est extraordinaria. Si pœna est legitima, id est lege aliqua præscripta, quod Judex eam mutare non potest, nisi quantum ei de jure concessum est, ex justa causâ, eam vel minuere vel augere, & justa causâ augendi pœnam habebatur, si multis grassantibus, & idem crimen audacter committentibus exemplo opus sit, quo magis alii deterreantur, *l. 16. S. ult. D. de pœnis*, & justa causâ minuendi habebatur, Ætas minor *l. 37. D. de Minoribus*, Et Casus quem nec dolus nec culpa præcessit *l. 1. S. ult. D. de pœnis*, si vero pœna sit extraordinaria, vel nulla lege certa definita, censet quod Judex potest pro arbitrio vel graviolem vel leviolem irrogare, ita tamen ut modum non excedat. Ego vero arbitror, quod *Pac-*

Classis Decima.

511

cuius distinguit de Pœnis jure posteriori, etiam de
Judiciis ordinariis, & extraordinariis locum ha-
bere.

*Vil. Gandinum de Maleficiis tit. utrum pœnis au-
geri possit Tiraquellum in Tract. de pœnis tem-
perandis Fachinum lib. 1. cap. 75. Morlam.
tit. 1. quest. 10. Bronchurst. cent. 4. Affirs. 68.
Pacium cent. 2. quest. 26.*

FINIS.
